NORMAS

VOLUME 1

E

DIREITO, LEGISLAÇÃO e LIBERDADE

ORDEM

F.A HAYEK

DIREITO, LEGISLAÇÃO E LIBERDADE

Volume 1

Friedrich A. Hayek

Sumário

Apresentação

HENRY MAKSOUD

Há cerca de dois anos lançamos o livro 'Os Fundamentos da Liberdade' que é a versão brasileira do 'The Constitution of Liberty', trabalho notável deste grande filósofo político Friedrich A. Hayek. Na 'Introdução' que preparei para aquele lançamento falo sobre a vida e o trabalho do autor, a que o leitor interessado pode reportar-se. O presente livro é uma obra suplementar, não um substituto daquele. Ao leitor incipiente o próprio Hayek recomenda que leia 'Os Fundamentos da Liberdade' antes, de passar à análise especifica dos problemas para os quais ele propõe soluções nos três volumes deste 'Direito, Legislação e Liberdade' que é a versão brasileira de seu 'Law, Legislation and Liberty'.

Pretendendo "preencher as lacunas" que descobriu depois de ter feito 'Os Fundamentos da Liberdade', Hayek explica nestes volumes por que ideias que há muito tempo vêm sendo consideradas antiquadas se mostram em verdade ainda "imensamente superiores a quaisquer doutrinas alternativas que tenham encontrado, nos últimos tempos, maior receptividade do público". E conclui mostrando que o perigoso rumo cm direção ao Estado totalitário que vêm tomando os chamados 'governos democráticos' dos países considerados mais avançados — em decorrência de certos defeitos de construção profundamente arraigados de seus sistemas políticos — o levou a "uma nova formulação dos princípios liberais de

justiça e economia política", ou seja, à exposição de uma 'Constituição da Liberdade' que é o tema central do presente trabalho.

A liberdade é o valor que predomina em todo o pensamento de Hayek. Ele sempre se refere à liberdade na vida do homem em sociedade. Quanto mais se mergulha em seu trabalho das últimas quatro décadas, mais evidente se torna o fato de que toda sua obra gira em torno da busca da liberdade — liberdade que ele define com muita clareza e de forma insofismável como sendo um valor uno e indivisível, pois que só existe uma liberdade, a liberdade individual. E não há dúvida de que o objetivo primordial deste 'Direito, Legislação e Liberdade' é exclusivamente esta liberdade, pois para Hayek a liberdade é a fonte e o pré-requisito de todos os demais valores do homem; e que ela somente poderá ser preservada se for tratada como um princípio supremo, que não deve ser sacrificado a vantagens específicas.

Direito e legislação correspondem a meios que precedem o fim maior que é a liberdade do indivíduo: o direito, cm geral preservando-a, e a legislação, muitas vezes desafiando-a e colocando-a ilegitimamente sob restrição. Como mostram magistralmente os dois primeiros volumes, o primeiro dos quais ganhou o subtítulo de 'Normas e Ordem' ('Rules and Order') e o segundo, de 'A Miragem da Justiça Social' (The Mirage of Social Justice'). O terceiro volume, com o subtítulo 'A Ordem Política de um Povo Livre' (The Political Order of a Free People'), examina pormenorizadamente o porquê do persistente malogro dos sistemas de governo representativos atuais e apresenta uma formulação constitucional básica, original, que tem por finalidade o cultivo e a salvaguarda da

liberdade do indivíduo. Aqui, Hayek fala da 'Demarquia', embora confesse seu "pesar por não ter tido a coragem de empregar sistematicamente" este neologismo em toda a extensão do livro.

A indiscutível predominância da liberdade na escala de valores de Hayek não pode, porém, obnubilar o fato de que para ele a liberdade é subordinada ao direito e existe na conformidade com as leis da sociedade. Isto ele enfoca com mestria ímpar em todo o livro, mas trata com pormenores no primeiro volume, 'Normas e Ordem'. Hayek reconhece que este tipo de liberdade na vida em sociedade é algo relativo e que, numa sociedade livre, é tão amplo quanto possível. Isso quer dizer que existe uma liberdade que é mais absoluta e mais abrangente que a que se tem na vida em sociedade. Pois, já que a liberdade na sociedade é a liberdade conforme o direito daquela sociedade, existe realmente uma liberdade metajurídica, intangível; que é uma liberdade menos restringida que a sujeita às normas jurídicas porque a lei é, por definição, algo que restringe.

A despeito de visualizar essa liberdade no sentido mais amplo, Hayek ainda assim enfatiza que a liberdade que ele tem em mente é a liberdade subordinada ao direito. Isso fica evidente quando assegura numa de suas obras anteriores que "o homem jamais existiu sem leis". Ou quando ele cita e concorda com Kant quando este diz que o "homem é livre se não precisar obedecer a ninguém mas apenas às leis", ou com a frase de Montesquieu "nous sommes donc libres, parce que nous vivons sous les lois civiles". Em 'Os Fundamentos da Liberdade' ele afirma que se deve ao estadista e filósofo romano Marco Túlio Cícero (106—43 A.C.) muitas das formulações mais precisas do conceito de liberdade dentro da lei,

destacando dele a frase concepção segundo a qual obedecemos à lei para sermos livres: "*omnes legum servi sumus ut liberi esse possimus*"[1].

Também proclama a liberdade no estado de direito quando saúda o filósofo político inglês John Locke (1632—1704), por tornar claro que não pode haver liberdade fora da ordem jurídica, adotando como epígrafe do Capítulo Onze, 'As Origens do Estado de Direito', de seu 'Os Fundamentos da Liberdade', a seguinte frase de Locke: "A finalidade da lei não é abolir ou restringir, mas preservar e ampliar a liberdade. Porque onde não há lei não há liberdade, como se vê nas sociedades em que existem seres humanos capazes de fazer leis. Pois liberdade significa estar livre de coerção e da violência dos outros, o que não pode ocorrer onde não há lei; e não significa, como dizem alguns, liberdade de cada um fazer o que lhe apraz (pois quem poderia ser livre se estivesse sujeito aos humores de algum outro?), mas liberdade de dispor a seu bel-prazer de sua pessoa, suas ações, bens e todas as suas propriedades, com a limitação apenas das leis às quais está sujeito. Significa, portanto, não ser o escravo da vontade arbitrária de outro, mas seguir livremente sua própria"2[2]. E ao longo de todo o presente livro ele escreve das mais diversas maneiras que a liberdade é 'sempre liberdade dentro da lei'.

As pessoas mal avisadas poderiam concluir em face dessas considerações que a liberdade é um elemento inferior ao direito, já que ela é

---

1 "Os Fundamentos da Liberdade". F. A. Hayek, Ed. Visão. 1983, p. 190. n. 36.

2 *Ibid.,* p. 18.

subordinada formalmente às leis no estado de direito. Não e essa, porém, a ideia de Hayek. Embora a liberdade seja subordinada ao direito, este não é superior à liberdade. A subordinação formal da liberdade (liberdade dentro da lei, por cx.) não afeta a subordinação material do direito (e das leis) à liberdade. Para Hayek, o direito é um meio não apenas para se fazer cumprir normas legais mas também, e principalmente, para a promoção da liberdade individual. Ele não deixa dúvidas em sua obra sobre o sistema de vida social que o estado de direito deveria manter e salvaguardar: um sistema que proporcione o máximo de liberdade possível de se ter numa sociedade. Ele acredita numa ordem liberal que seria o Kosmos a que se refere no Vol. I (vide Capitulo Dois: Kosmos e Taxis) e que costuma denominar 'Grande Sociedade', que equivale à 'Sociedade Aberta' de seu amigo o filósofo Karl R. Popper (1902—).

Ê importante neste ponto ressaltar que, ao contrário do que muita gente pensa, o estado de direito não significa apenas o império da lei. O estado de direito ('the rule of law') "é um ideal político que transcende a simples legalidade, pois concerne àquilo que a lei deva ser e implica que o governo nunca deva coagir um indivíduo, salvo no caso da aplicação de uma lei geral conhecida. Ele é então também uma doutrina que limita os poderes de todo o governo. Limita os poderes do legislativo, pois os legisladores somente podem elaborar leis que possuam o atributo de serem normas gerais e prospectivas de conduta justa. Além de, dessa forma, limitar os poderes do legislativo, o estado de direito estabelece que somente

o legislativo pode legislar. Uma lei produzida por um órgão não autorizado a legislar não será, portanto, uma lei de verdade"[3].

Quando destaca que o direito é a base da liberdade, Hayek segue (conforme ele mesmo escreve à p.54 do Vol. I) "uma longa tradição, que se estende desde os gregos antigos e Cícero, atravessa a Idade Média, passa pelos liberais clássicos como John Locke, David Hume, Immanuel Kant e os filósofos escoceses da moral e chega até diversos estadistas americanos dos séculos XIX e XX, para quem direito e liberdade não podiam existir separadamente". Mas, ao passo que segue essa tradição, Hayek se revolta contra o pensamento de Thomas Hobbes, Jeremy Bentham, muitos pensadores franceses e os positivistas jurídicos modernos, para quem o direito significa necessariamente uma usurpação da liberdade. E explica: "Esse aparente conflito entre longas estirpes de grandes pensadores não significa que tenham chegado a conclusões opostas, mas simplesmente que usaram a palavra 'direito' em sentidos diferentes". Dessa confusão, então, surgiram conceitos errôneos e espúrios dos significados de 'estado de direito', 'direito' e 'lei' que o faz queixar-se quando diz, por exemplo, que a "expressão 'liberdade sob a égide do direito' ou 'liberdade dentro da lei' ('liberty under the law'), que em determinada época talvez transmitisse a ideia essencial melhor que qualquer outra, se tornou quase sem sentido, porque tanto 'liberdade' quanto 'direito' deixaram de ter significado claro".

Em decorrência dessa confusão, os conceitos de lei e de legislação degeneraram completamente. A grande maioria dos atos que hoje

---

3"Sabe o que é o estado de direito?" *in* "Os Poderes do Governo", Henrv Maksoud. Ed. Visão, São Paulo, 1984, p. 67

chamamos de leis não é propriamente lei em termos estritamente jurídicos. O ideal político do estado de direito e a doutrina da separação de poderes pressupõem, na Grande Sociedade de Hayek, uma concepção muito bem definida do que significa a palavra 'lei'. Neste conceito de ordem política, que visa à liberdade, somente são normas de direito, ou seja, leis de verdade, as normas de conduta justa individual que possuam os atributos de serem gerais, iguais para todos e prospectivas, além de serem conhecidas e certas. São normas abstratas, essencialmente permanentes, que se referem a casos ainda desconhecidos e não contêm referências a pessoas, lugares ou objetos determinados mas que regulam as relações de conduta entre pessoas privadas ou entre essas pessoas e o Estado. Na prática corrente, entretanto, tudo que for estabelecido por um órgão legislativo ou mesmo por qualquer outra autoridade, por meio de algum processo de legislação, é também chamado 'lei'. Na maior parte, estas assim chamadas 'leis', porém, nada mais são que normas organizacionais, instruções administrativas, baixadas pelo Estado para seus funcionários, relativas ao modo pelo qual estes devem conduzir a máquina governamental e manejar os meios de que dispõem. São regras ou normas de organização governamental e não normas de conduta justa individual. São chamadas 'leis' porque os governos passaram a reivindicar para elas a mesma respeitabilidade conferida às normas gerais de conduta, que são as verdadeiras leis, próprias do direito. Seria mais adequado que tivessem outro nome — já foram sugeridas expressões genéricas tais como 'regras ou estatutos de governo', 'paraleis' ou 'infraleis'[4].

---

4 Leis, paraleis e pseudoleis" *in* "Os Poderes do Governo", Henry Maksoud, Ed. Visão, São Paulo, 1984, p.

Os governos coletivistas têm por objetivo a realização de metas e planos específicos nos campos econômico e social. Para conseguir tais intentos, eles possuem sistemas políticos que possibilitam determinar a maneira de agir dos cidadãos e conduzir o esforço de todos no sentido exclusivo dos objetivos governamentais por meio de 'determinações específicas' ou 'ordens de comando' que também chamam de 'leis'. Tais sociedades não são sociedades livres, abertas, baseadas no direito verdadeiro, ou seja, naquilo que Hayek chama de 'Nomos: o direito como salvaguarda da liberdade' ('Nomos: the law of liberty'). São povos obrigados a obedecer a 'pseudoleis', que não passam de normas de organização mascaradas de normas de conduta justa e que podem ser arbitrárias, mutáveis, inconsistentes, discricionárias, incertas e até retroativas[5].

Dando a denominação de 'leis' às normas de organização, os governos em geral, e não apenas os Estados totalitários, conseguiram impor ao cidadão obediência a determinações específicas destinadas à realização de tarefas específicas ou ao atingimento de objetivos específicos almejados pelos governos. E muita gente julga que as regras de organização governamental são do mesmo gênero que as normas de conduta justa (do direito fundado na liberdade) pelo fato de ambas emanarem, nas atuais instituições governamentais, da mesma entidade (o legislativo) que detém o poder de elaborar as normas de conduta justa. Esta confusão tem levado os chamados governos democráticos e as muitas autocracias que por aí

73.

5 *Ibid.*, páginas 73 e 74.

existem a usar frequentemente o processo de legislação para criar normas de organização fantasiadas de leis que são usadas cegamente como instrumentos de perversão do verdadeiro estado de direito. Hayek acentua isso de várias formas ao longo de todo o livro.

Convém neste ponto fazer um parêntese para destacar algo muito importante que se encontra principalmente no Vol. I: que as normas gerais de conduta justa (as leis de verdade) que hoje se conhecem não são todas elas resultado de criação intencional (não surgiram do processo de legislação), embora o homem tenha aprendido aos poucos a aperfeiçoá-las de acordo com suas necessidades. Essas normas do direito foram, de fato, descobertas por meio de um processo evolutivo de seleção entre diferentes sistemas de normas e passaram a compor um sistema jurídico aceito por todos à medida que foi ficando patente que elas ajudavam certas comunidades a prosperar mais e a sobreviver melhor que outras comunidades que viviam tão-somente à sombra de regras de organização decretadas por algum tipo de autoridade. Elas foram sendo transpostas para o papel à proporção que a experiência, principalmente judicial, ia acumulando-se e as comunidades iam aceitando-as como fatores de paz e entendimento. Embora Hayek nos mostre que o direito no sentido estrito de 'ordem jurídica que visa à salvaguarda da liberdade' seja oriundo de um processo evolutivo, ele destaca que não se pode prescindir da legislação por várias razões que pormenorizadamente descreve neste seu livro. Ele também ressalta que o "direito é mais antigo que a legislação". E que a legislação, dentre todas as invenções do homem, é aquela mais prenhe de graves consequências, tendo seus efeitos alcance maior que os do fogo e da

pólvora. E conclui afirmando que a legislação "continuará sendo um poder extremamente perigoso enquanto acreditarmos que só será nocivo se exercido por homens maus".

Hayek mostra, outrossim, que o processo de legislação — "a criação intencional de leis" — se originou da necessidade de estabelecer normas organizacionais. È por isso que a palavra 'legislativo' não passa "de uma espécie de titulo de cortesia conferido a assembleias surgidas originalmente como instrumentos de governo representativo. Os legislativos modernos provêm claramente de órgãos que existiam antes que a elaboração deliberada de normas de conduta justa tivesse sequer sido considerada possível, e só mais tarde essa tarefa foi atribuída a instituições habitualmente encarregadas de funções muito diversas". Eram funções governamentais propriamente ditas. Dai a parcialidade dos chamados 'legislativos' que até hoje se encontram imbuídos do espírito de que, em sendo assembleias representativas do povo, devem ser dedicados também à direção do aparelho governamental. A doutrina da separação de poderes não foi, assim, jamais observada.

A despeito de serem comumente usadas pelos governantes como meios de perversão do direito ou como instrumentos de dominação, as normas de organização são necessárias numa sociedade livre. Elas devem, no entanto, sempre subordinar-se às normas gerais de conduta justa do verdadeiro direito. Nas sociedades não tribais, a máquina governamental não pode operar exclusivamente na base de comandos diretos de um mandante. Portanto, a organização necessária a qualquer governo moderno para preservar a paz interna, guardar o país contra os inimigos externos e

prestar outros serviços exigirá normas distintas e próprias que lhe determinem a estrutura, as funções e os objetivos. No entanto, estas normas que comandam a máquina governamental terão de possuir, necessariamente, um caráter diverso daquele das normas gerais de conduta individual. Serão, como escreve Hayek, "normas organizacionais, criadas para alcançar fins específicos, para suplementar determinações positivas no sentido de que se façam coisas específicas ou se obtenham certos resultados, e para estabelecer os diversos órgãos por meio dos quais o governo 'opera' ". Mesmo uma organização dedicada exclusivamente a fazer cumprir as normas Inalteráveis de conduta justa exigiria, para seu funcionamento, "um outro conjunto de normas".

Esse "outro conjunto de normas" que engloba as normas de organização é, praticamente, o que conhecemos como direito público, em contraposição ao direito privado, que envolve as normas gerais de conduta justa individual. Este cobre as relações das pessoas entre si e entre as pessoas e o Estado, e também o chamado direito 'penal' (criminal). O direito público abrange principalmente o direito administrativo, o direito constitucional e o direito processual. Para os que acreditam no positivismo jurídico, cujo padroeiro é Hans Kelsen (1881 1973) haveria nenhuma diferença qualitativa entre esses dois tipos de norma. Assim critica Hayek este ponto de vista: "Visto que a construção intencional de normas tem por principal objeto as normas organizacionais, a reflexão sobre os princípios gerais da atividade legislativa ficou também quase inteiramente a cargo dos publicistas, ou seja, dos especialistas em organização que, frequentemente, tem pouca simpatia pelo lawyer's law. Hesitamos, por isso, em considerá-

los profissionais do direito. São eles que, nos tempos modernos, têm dominado quase totalmente a filosofia do direito e afetaram profundamente o direito privado. O fato de que a Jurisprudência (em especial na Europa continental) vem sendo realizada quase exclusivamente por publicistas — para quem o direito é antes de mais nada o direito público, e a ordem se reduz à organização — é uma das principais causas da preponderância não apenas do positivismo jurídico (que, no direito privado, simplesmente não tem sentido) mas também das ideologias socialistas e totalitárias nele implícitas".

E, já que tocamos na questão do positivismo jurídico, é bom referir-nos logo à 'justiça social', tema principal de todo o segundo volume. Não é sem forte motivo que Hayek lhe deu o subtítulo de 'A miragem da justiça social'. 'Justiça social' è uma das expressões mais enganosas (e talvez por isso mesmo mais frequentemente usada) do discurso político contemporâneo. É de verdade uma miragem. Trata-se de uma fórmula ilusória que, por conter atrativos quiméricos, é constantemente utilizada pelos políticos para conseguir que uma determinada pretensão seja considerada plenamente justificada sem ter de dar razões morais para a sua adoção. Hayek espera — com sua vigorosa afirmação de que o culto da 'justiça social' é desonesto, fonte de constante confusão política e destruidor de todo o sentimento moral — que os oradores, políticos, escritores, jornalistas e todos os pensadores responsáveis venham a sentir, "para sempre, total vergonha de empregar a expressão 'justiça social' ".

A 'justiça social' é invocada comumente como sinônimo de 'justiça distributiva' na abordagem dos problemas decorrentes da chamada

'desigual distribuição da riqueza' entre os homens e, especificamente na sonhada perseguição do bem-estar gera) para todos os indivíduos. Hayek nos ensina, porém, que numa sociedade aberta não pode haver justiça distributiva simplesmente porque nela ninguém distribui; nela, funciona o jogo do mercado, que ele chama de 'catalaxia' (termo usado originalmente também por Von Mises), no qual os resultados obtidos por cada um dos participes não são nem pretendidos nem prognosticáveis pelos demais e, portanto, o resultado não pode ser classificado nem como justo nem como injusto. A despeito da conquista da imaginação popular pela ideia de 'justiça social', ele expõe brilhantemente sobre a inaplicabilidade do conceito de justiça aos resultados de um processo espontâneo baseado no mercado e disserta com firmeza sobre o fundamento lógico do jogo econômico em que só a conduta dos jogadores, mas não o resultado, pode ser justa.

A 'justiça social' nada tem a ver com o direito, nem com a liberdade dentro da lei e nem com a justiça verdadeira e única, sem adjetivações. A justiça é um atributo da conduta humana e não se correlaciona com a busca de propósitos particulares como quer a ideologia do bem-estar geral do positivismo jurídico e do socialismo. Em lugar das falsas leis, ou normas de organização, que advenham da 'justiça social', Hayek destaca a "importância das normas abstratas como guias num mundo cujos detalhes são em sua maior parte desconhecidos... As normas abstratas atuam como valores últimos porque servem a fins particulares desconhecidos". Para ele, portanto, numa sociedade livre, "o bem geral consiste principalmente na facilitação da busca de propósitos individuais desconhecidos". E o que

"possibilita o consenso e a paz em tal sociedade é que não se exige dos indivíduos consenso quanto a fins, mas somente quanto aos meios capazes de servir a uma grande variedade de propósitos, meios que cada um espera o auxiliem na busca de seus objetivos". Esse pensamento significa muito, pois se refere à descoberta de um método de cooperação na vida em sociedade que exige acordo somente quanto a meios e não quanto a fins. Essa descoberta de uma ordem definível apenas por certas características abstratas que auxiliaria na consecução de grande multiplicidade de diferentes fins levou as pessoas empenhadas na busca de objetivos os mais diversos a concordar quanto ao uso de certos instrumentos polivalentes que teriam probabilidade de auxiliar a todos.

Embora o conceito de 'justiça social' seja em geral usado apenas para fins falsos, é provável que para muitos, no período posterior à 2º Grande Guerra, ele decorra da 'Declaração Universal dos Direitos Humanos' aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1948. Esse documento é, sabidamente, uma tentativa de fundir os direitos da tradição liberal ocidental com a concepção completamente diversa oriunda da revolução marxista russa. Num Apêndice ao Capitulo Nove do segundo volume, Hayek mostra que à relação dos direitos civis clássicos, enumerados em seus primeiros vinte e um artigos, a 'Declaração' acrescenta sete garantias adicionais destinadas a expressar os novos 'direitos sociais e econômicos'. Como jamais foi feito com tamanha força, ele demonstra o quão absurdas são essas garantias adicionais prometidas a 'todo homem, como membro da sociedade', principalmente em termos da justiça e do direito, quando se considera que elas não atribuem, ao mesmo tempo, a

alguém a obrigação ou o encargo de concedê-las e o documento omite também, por completo, uma definição desses direitos que permitisse a um tribuna! determinar seu significado numa situação especifica. Hayek afirma, por exemplo: "È evidente que todos esses 'direitos' se baseiam na interpretação da sociedade como uma organização deliberadamente criada, da qual todos os homens seriam empregados. Eles não poderiam ser tornados universais num sistema de normas de conduta justa baseado na ideia da responsabilidade individual, e requerem, portanto, que toda a sociedade seja convertida numa única organização, isto é, tornada totalitária no mais amplo sentido da palavra. ... Pelo visto, jamais ocorreu aos autores da 'Declaração' que nem todos são membros empregados de uma organização, cujo direito a repouso e lazer, inclusive a limitação razoável das horas de trabalho e férias remuneradas periódicas (Art. 24), possa ser garantido. A ideia de um 'direito universal' que assegure ao camponês, ao esquimó e, quem sabe, ao Abominável Homem das Neves 'férias remuneradas periódicas' mostra o absurdo da proposição. Bastaria um mínimo de senso comum para que os autores do documento percebessem que o que decretaram como direitos universais era uma utopia no presente e cm qualquer futuro previsível, e que proclamá-los solenemente como direitos foi um irresponsável jogo de palavras com a ideia de 'direito', o que só poderia resultar na destruição do respeito pelo termo". Bastam estas citações para que o leitor sinta a força e a importância desse Apêndice denominado "Justiça e Direitos Individuais".

Não se pode perceber claramente a razão do sucesso dessa terrível onda chamada 'justiça social' sem que se compreenda que na origem de

tudo se encontrem, no seio da humanidade, forças atávicas propensas ao ressurgimento do pensamento organizacional tribal. Como mostra Hayek — principalmente no segundo volume e no capitulo de epílogo do terceiro volume —, o que se destaca no discurso político e na ação administrativa baseados na chamada 'justiça social' è a preponderância do apelo aos instintos inatos em contraposição aos valores culturais acumulados pela civilização. As persistentes exigências por uma 'justiça social', que reclamam o uso arbitrário e discricionário do poder coercitivo organizado (do governo ou dos sindicatos) para alocar rendas e outros múltiplos benefícios sociais, conforme critérios de mérito, ou simples imposição majoritária, são exemplos de atos de revolta contra a natureza da ordem abstrata de mercado por razões de puro atavismo de sentimentos tribais. Nos tempos atuais, número crescente de pessoas tem sua vida girando em função de grandes organizações e encontra seu horizonte de compreensão limitado ao que lhe è requerido pela estrutura interna dessas organizações. O modo de pensar dos homens mais influentes e poderosos da sociedade moderna gira também cm torno da ideia da 'organização', ou seja, da unidade hierárquica de objetivos, do arranjo deliberado dos fins a atingir, do racionalismo construtivístico cartesiano. A evolução da técnica da organização, com a consequente ampliação da gama de tarefas que podem ser levadas a cabo por meio da organização em larga escala, desenvolveu a crença de que não há nada que a organização não possa conseguir. Com isso, as pessoas perderam a perspectiva do fato de que o sucesso dessas mesmas organizações, de todas elas, depende de uma ordem social muito mais abrangente, que è movida por forças espontâneas de ordenação que

possuem natureza completamente distinta das que constituem as grandes empresas e as grandes organizações burocrático-administrativas. Como consequência dessa falta de visão, estimulada pelo violento ataque socialista e por terríveis equívocos intelectuais, todas as regras do jogo do mercado, que tornaram possível ao homem viver na forma de uma grande sociedade aberta, são ignoradas, voltando à tona demandas fundadas cm instintos selvagens que haviam sido há tanto tempo restringidos pela evolução cultural.

No Capítulo Dez do Vol. II, ao discorrer sobre a 'ordem de mercado' ou 'catalaxia', Hayek destaca que "uma sociedade livre é uma sociedade pluralista sem uma hierarquia comum de fins específicos" que "deve sua coesão sobretudo ao que vulgarmente se chama de relações econômicas" e em que o objetivo da política governamental "não pode ser um máximo de resultados previsíveis, mas somente uma ordem abstrata". Essa "ordem abstrata" é a 'catalaxia' ou jogo do mercado, onde o resultado é função da aptidão, do esforço e da sorte dos participantes e serve para obter de cada participe a máxima contribuição a um fundo comum de onde cada qual obterá uma parte incerta. Como no caso de qualquer jogo, se as regras forem por todos conhecidas e respeitadas, o resultado poderá ser sempre classificado de bom ou mau, porém nunca de justo ou injusto. E, por isso, Hayek estabelece a importância e a natureza das normas abstratas de conduta justa no jogo do mercado, concluindo que "O direito deve ter por objetivo aumentar igualmente o número de ocasiões propicias ao sucesso de todos" e que a "Boa Sociedade é aquela em que o número de

oportunidades de qualquer pessoa aleatoriamente escolhida tenha probabilidade de ser o maior possível".

Na última terça parte do livro, o autor explica que decidiu realizar algumas mudanças terminológicas mas acentua que sente "certo pesar de não ter tido a coragem" de continuar empregando sistematicamente ao longo do restante da obra diversos neologismos por ele sugeridos, como 'kosmos', 'taxis', 'nomos', 'thesis', 'catalaxia' e 'demarquia'. Ele sente que com as modificações a exposição talvez tenha ganhado em inteligibilidade para o leitor comum o que perdeu cm precisão. Em nosso modo de ver, mesmo tendo deixado de usar sistematicamente parte dessas expressões, elas continuam sempre presentes na mente do leitor atento e interessado e deixam patente que o autor nos traz um enfoque efetivamente novo a respeito de matérias como legislação, economia, mercado, leis, direito, ordem, democracia, partidarismo, etc. de que tanto ouvimos hoje falar em nossa vida em sociedade.

Neste terceiro volume, Hayek formula os princípios de justiça e economia política de uma sociedade livre — 'a ordem política de um povo livre'. Ao expor suas ideias a respeito do que seria uma nova ordem política fundada na liberdade ele não pretende tentar 'organizar' a sociedade de uma dada forma, porque sabe melhor que ninguém que a sociedade é um fenômeno extremamente complexo, sendo impossível manipulá-la deliberadamente. Qualquer tentativa de forçar uma ordem social que vise a finalidades concretas há de falhar e leva a sociedade ao totalitarismo. De acordo com Hayek, o que se deve fazer, se o objetivo for a liberdade, é 'criar as condições para uma ordem social baseada na liberdade'. O papel correto

do governo não é o de criar uma dada ordem social. Em sua obra "O Caminho da Servidão" (veja-se, por exemplo, na recente edição brasileira do Instituto Liberal, RJ, 1984, p. 43) o autor explica que a "atitude do liberal para com a sociedade e semelhante à do jardineiro que cuida de uma planta e que, a fim de criar as condições mais favoráveis ao seu crescimento, deve conhecer tudo o que for possível a respeito da estrutura e das funções dessa planta". Por isso, antes de expor os princípios que favorecerão o florescimento de uma ordem social fundada na liberdade, Hayek adentra os meandros das atuais instituições das chamadas 'democracias ocidentais' e analisa e critica todos os seus aspectos estruturais e funcionais.

Ele fala do crescente desencanto com a democracia, já que "as atividades do governo moderno produzem resultados globais que poucos desejaram ou previram" mas que são, erroneamente, sempre considerados "uma característica inevitável da democracia". De fato, estamos tão viciados a considerar democrático unicamente o conjunto particular de instituições hoje existente cm todas as democracias ocidentais (e cm que a maioria de um organismo de representação estabelece as leis e administra o governo) que essa forma de democracia nos parece a única possível. Em consequência, diz ele, "não estamos dispostos a encarar o fato de que esse sistema não só produziu muitos resultados que ninguém aprecia, mas mostrou-se também impraticável cm quase todos os países cm que essas instituições democráticas não foram limitadas por sólidas tradições acerca das funções próprias das assembleias representativas". É portanto por acreditarmos, por bons motivos, no ideal básico da democracia, "que nos sentimos quase sempre obrigados a defender as instituições específicas que

vêm sendo há muito tempo aceitas como sua corporificação e hesitamos em criticá-las porque isso poderia enfraquecer o respeito por um ideal que desejamos preservar".

Embora um amante da democracia, mas considerando não ser mais possível fazer vista grossa aos graves defeitos de aplicação e ao esquecimento dos ideais originais de liberdade da antiga democracia, Hayek ataca fundo o que se chama hoje de democracia. Mostra que, antes de tudo, o defeito fatal da forma vigente de democracia é o poder ilimitado das entidades governamentais representativas. Esse poder ilimitado conduz a uma democracia de 'barganha' incapaz de agir de acordo com as concepções comuns à maioria do eleitorado, que se verá "obrigada a formar e manter unida uma maioria por meio da satisfação das exigências de uma pluralidade de grupos de pressão, cada um dos quais só concordará com a concessão de benefícios especiais a outros grupos em troca de igual consideração para com seus próprios interesses especiais".

Mas, ao mesmo tempo em que demonstra a perversidade desse poder ilimitado, ele mostra "a debilidade de uma assembleia eletiva com poderes ilimitados" de legislação. Ela é "corrupta e fraca ao mesmo tempo: incapaz de resistir à pressão dos grupos que a integram, a maioria governante é obrigada a fazer o que pode para satisfazer os desejos dos grupos de cujo apoio precisa, por nocivas que possam ser essas ações para os demais — pelo menos na medida em que isso não seja demasiado evidente ou em que grupos sobre os quais essas medidas nocivas incidirão não sejam demasiado populares. Embora imensa e opressivamente poderosa, capaz de esmagar

qualquer resistência de uma minoria, é absolutamente incapaz de manter uma linha coerente de ação...".

Essa ambígua situação das atuais assembleias representativas — que são hoje ao mesmo tempo débeis e todo-poderosas — se deve ao processo político degenerativo "pelo qual a concepção original da natureza das constituições democráticas foi gradualmente perdida e substituída pela concepção do poder ilimitado da assembleia democraticamente eleita". Os sábios e os heróis que lutaram pela liberdade contra o absolutismo monárquico a partir do século XVII na Inglaterra e que criaram as primeiras instituições do constitucionalismo representativo logo aprenderam que 'um parlamento podia ser tão tirânico quanto um rei', dando então lugar à compreensão de que, 'para que a liberdade individual não fosse violada, também os legislativos deviam sofrer restrições', de modo que só tivessem autoridade 'para agir de uma maneira especifica' e que, ademais, seus membros somente poderiam fazer leis que possuíssem os atributos de ser gerais, iguais para todos, abstratas e prospectivas. Quando, entretanto, ao longo dos tempos que se seguiram, os representantes do povo começaram a agir nas assembleias eletivas como se tivessem herdado as prerrogativas reais, os homens, que antes só consideravam perigoso o poder real, passaram a sentir os mesmos males de que se queixavam no regime autocrático monárquico: arbitrariedade, discricionariedade, corrupção, ineficiência, parasitismo, irresponsabilidade e crescente limitação da liberdade individual. A concepção original do constitucionalismo representativo, fundado no ideal do estado de direito e da separação de poderes, foi gradualmente perdida e substituída pela

concepção do poder ilimitado da assembleia democraticamente eleita que até hoje se observa nas chamadas democracias ocidentais. "Os esforços que por séculos vinham sendo realizados para tornar realidade os ideais da separação de poderes e do estado de direito, para limitar os poderes coercitivos dos governos e salvaguardar a liberdade individual, foram anulados pelo conceito de que não havia mais necessidade de limitação desses poderes, já que o controle do governo se faria automaticamente na democracia, uma vez que o governo agora era o próprio povo"[6].

O grave defeito degenerativo dos atuais 'governos democráticos' foi determinado pelo fato de termos confiado às assembleias representativas duas funções inteiramente diversas para serem executadas simultaneamente. Hayek explica que, embora os chamemos de 'legislativos', a maior parte de seu trabalho consiste não na explicitação e aprovação de normas gerais de conduta, mas no controle de medidas governamentais concernentes a questões específicas. Na verdade, diz ele, "o que há de mais flagrante nessas assembleias é que a atividade considerada primordial de um legislativo é constantemente relegada, e um número crescente de funções que o homem do povo supõe constituírem a principal ocupação dos legisladores é de fato desempenhado por funcionários públicos. Ê em grande parte por se ocuparem os legislativos do que e de fato administração discricionária que o verdadeiro trabalho de elaboração das leis fica cada vez mais a cargo da burocracia...". E acentua que o crescente ativismo governamental em todas as fases da vida em sociedade se deve a "uma

---

6 "Por que demarquia e não apenas democracia", *in* VISÃO, 10-7-78, e *in* "A Revolução que precisa ser feita", H. Maksoud, Ed. Visão, São Paulo, 1980, p. 115.

ordenação pela qual o interesse da autoridade suprema volta-se sobretudo para o governo, não para o direito" e que isso só pode "dar lugar à preponderância cada vez maior do governo sobre o direito".

Grande parcela de culpa por essa verdadeira decadência da sociedade democrática se deve ao partidarismo. Hayek mostra com clareza o mau uso que se faz atualmente dos chamados 'partidos políticos' e indica qual o seu papel correto num sistema de governo duma sociedade livre. Mas deixa claro que os prejuízos que os partidos produzem atualmente não se devem "à democracia enquanto tal, mas à forma particular de democracia que hoje praticamos". E confessa algo importante para ilustrar seu pensamento: "Acredito mesmo que, se selecionássemos por sorteio cerca de quinhentas pessoas amadurecidas e deixássemos que se dedicassem durante vinte anos â tarefa de aperfeiçoar as leis, guiadas exclusivamente por sua consciência e desejo de serem respeitadas, obteríamos uma amostra muito mais representativa da verdadeira opinião do povo do que aquela resultante do atual sistema de leilão, pelo qual, a cada eleição, confiamos o poder de legislar aos que prometem a seus partidários os maiores benefícios especiais".

Hayek ataca a superstição construtivística da soberania popular. Essa superstição se baseia na noção de que "a maioria do povo (ou seus representantes eleitos) deve ter a liberdade de decretar tudo que possa decidir por comum acordo". Ele, no entanto, está de acordo com a crença de que todo poder existente deve pertencer ao povo, e de que os desejos deste devem ser expressos por decisões majoritárias. Mas encontra erro fatal na convicção de que essa fonte máxima do poder deve ser ilimitada. "A

pretensa necessidade lógica de tal fonte ilimitada de poder simplesmente não existe." A ideia de que a onipotência de uma autoridade está relacionada à origem de seu poder é uma degeneração influenciada pelo positivismo jurídico e baseada na crença ilusória de que, "uma vez adotados os procedimentos democráticos, tudo que é apurado pelo mecanismo de verificação da vontade da maioria corresponde de falo à opinião de uma maioria, não havendo limites para o número de questões em que a concordância da maioria pode ser avaliada por esse processo". Chegará o dia, diz o autor, em que as pessoas sentirão, ante a ideia de uma assembleia de homens dotada do poder de determinar tudo o que queira, "mesmo que autorizada pela maioria dos cidadãos, o mesmo horror que hoje nos infundem praticamente todas as demais formas de governo autoritário".

O autor acentua em lodo o terceiro volume que as constituições foram idealizadas com o objetivo de impedir toda ação arbitrária de todos os órgãos do governo. Nenhuma constituição ainda conseguiu alcançar essa meta, embora exista muito difundida a crença de que a prevenção da arbitrariedade seja um efeito necessário da obediência a uma constituição desde que ela seja considerada 'democrática'. Hayek explica que "a confusão sobre essa matéria e fruto da concepção equivocada do positivismo jurídico"; e demonstra à larga a importância fundamental de se diferenciar cm termos absolutos o mister de elaborar uma constituição do mister da verdadeira legislação e do de governar. È óbvio que o judiciário também se enquadra nessa separação. Impõe-se, portanto, um sistema de corpos representativos em três níveis além do judiciário: "um se ocuparia da estrutura semipermanente da constituição e só precisaria atuar a longos

intervalos, quando se julgasse necessário alterar essa estrutura; outro teria o encargo permanente de promover o aperfeiçoamento gradual das normas gerais de conduta justa, enquanto o terceiro seria incumbido da condução rotineira do governo, isto é, da administração dos recursos a ele confiados".

Mas do que trata a constituição? "Uma constituição", responde Hayek, "trata sobretudo da organização do governo e da alocação dos diferentes poderes às várias instâncias dessa organização. Ainda que muitas vezes seja desejável, para lhes conferir uma proteção especial, incluir nos documentos formais que 'constituem' a organização do Estado alguns princípios de justiça substantiva, uma constituição continua sendo essencialmente uma superestrutura erigida para servir á aplicação das concepções existentes de justiça, não para expressá-las: pressupõe a existência de um sistema de normas de conduta justa e estabelece apenas um mecanismo para sua aplicação regular". A constituição idealizada pelos filósofos políticos do constitucionalismo representativo sempre foi teorizada para ser um estatuto bem ordenado relativo à distribuição e á limitação dos poderes governamentais, visando à preservação da liberdade individual. Ela foi imaginada como sendo um conjunto permanente de normas de organização de um determinado sistema de governo, que não só alocasse os diferentes poderes mas que também obrigatoriamente limitasse esses mesmos poderes do Governo à esfera que lhe é própria. Se a constituição da sociedade aberta è por definição um conjunto de normas de organização, ela não pode ser confundida com uma lei, no sentido estrito do estado de direito, pois não é uma norma de conduta individual mas sim uma norma de organização de um sistema de governo.

A despeito do que muitas pessoas mal avisadas podem julgar, o sistema político hayekiano não significa a ausência total de atuação do governo na área econômica. Numa sociedade desenvolvida "é dever do governo usar seu poder para arrecadar fundos por meio da tributação, de modo a fornecer uma série de serviços que, por várias razões, ou o mercado não pode prestar ou não pode prestar adequadamente". Embora sem entrar em pormenorização desnecessária num livro desta natureza, no Capitulo Catorze Hayek discute as bases político filosóficas de atuação do governo na vida econômica da sociedade e compara "o setor público e o setor privado", onde indica "o vasto campo dessas atividades perfeitamente legítimas que o governo, enquanto administrador de recursos comuns, pode exercer". Mas o que realmente se deve destacar neste capítulo é o preceito de que, embora a prestação de certos serviços pelo governo possa vir a ser a forma mais eficaz de propiciá-los, isso não significa que, enquanto responsável por eles, o governo precise ou deva arrogar-se quaisquer atributos de autoridade e respeito a quem faz jus no exercício de suas funções precípuas na aplicação das leis e na defesa contra o inimigo. "Não há razão alguma", diz ele, "para que essa autoridade ou direito exclusivo sejam transferidos aos órgãos prestadores de serviços de caráter puramente utilitários, confiados ao governo porque somente ele é capaz de financiá-los. Nada há de repreensível em tratar esses órgãos como aparelhos puramente utilitários, tão úteis quanto o açougue ou a padaria, não mais que isso — e, de certo modo, mais suspeitos em razão dos poderes coercitivos de que podem valer-se para cobrir seus custos. A democracia moderna, se é tantas vezes incapaz de mostrar, pela lei, o respeito que lhe é

devido, tende também a exaltar indevidamente o papel do Estado em suas funções de provedor de serviços e reivindicar para ele, nessa qualidade, privilégios que só deveria possuir enquanto defensor da lei e da ordem."

A frase de Ludwig von Mises: "A verdadeira economia de mercado pressupõe que o governo, o aparelho social de compulsão e coerção, empenha-se em preservar o funcionamento do sistema de mercado, abstém-se de obstruí-lo e o protege contra a intromissão de outrem", colocada no inicio do Capítulo Quinze (intitulado "A política governamental e o mercado"), representa bem o conteúdo do mesmo, que discorre magistralmente sobre a concorrência, ou seja, sobre o mercado livre. Basta notar algumas das frases que constam do sumário do capítulo para se sentir atraído pela sua leitura detida: "As vantagens da concorrência não dependem de sua 'perfeição' "; "A concorrência (é) como um processo de descoberta"; "Se as condições factuais da concorrência 'perfeita' estão ausentes, não é possível obrigar as empresas a agirem 'como se' ela existisse". Aqui ele trata também dos aspectos políticos do poder econômico e entra no âmago da questão dos monopólios, mostrando quando o monopólio se torna pernicioso e as contradições existentes na questão da legislação contra os monopólios. E, quando se encontra nesse capítulo também a demonstração de que a maior ameaça à liberdade "não é o egoísmo individual mas sim o grupai", logo se concluirá sobre o quão perniciosas, fúteis, desnecessárias e contraproducentes são não só todas as atividades governamentais de controle de preços, de redistribuição de rendas e, enfim, de planificação da economia, mas também a ação monopolística sindical: "O que bloqueia cada vez mais a atuação das forças

espontâneas do mercado não é o que o público tem em mente quando se queixa dos monopólios, mas as ubíquas associações de classe e os sindicatos das diversas categorias de trabalhadores. Eles atuam fundamentalmente por meio da pressão que podem exercer sobre o governo com o objetivo de forçá-lo a 'regular' o mercado em seu beneficio".

Um dos mais graves mitos das últimas décadas é a ideia de que o desenvolvimento de grupos organizados com o propósito de exercer pressão sobre o governo democrático é inevitável; e de que, tão logo todos os grupos importantes estiverem igualmente organizados em condições de se contrabalançarem uns aos outros, todos os efeitos perniciosos hoje observados no movimento coletivista serão sanados. Hayek diz que é possível demonstrar a falsidade dessas concepções e o faz: mostra que só vale a pena pressionar o governo quando este possui poderes arbitrários e discricionários, o que acontece apenas quando ele "está autorizado a estabelecer e aplicar normas direcionadas e discriminatórias", autorização que, no final das contas, lhe é fornecida pelos próprios grupos de pressão organizados. E cita um importante estudo de M. Olson o qual demonstra que a existência de interesses comuns não leva, em geral, à formação espontânea de uma abrangente organização, já que só grupos relativamente pequenos formam uma organização espontânea. Esse estudo também destaca que a organização — sempre propiciada pelos governos — de determinados grandes grupos dá lugar a uma persistente exploração de grupos não organizados ou não organizáveis aos quais "parecem pertencer importantes grupos, como os consumidores em geral, os contribuintes, as mulheres, os idosos e muitos outros que, em conjunto, formam um

contingente significativo da população. Todos eles estão fadados a sofrer as consequências do poder de grupos de pressão organizados".

No Capitulo Dezesseis Hayek enfatiza, recapitulando, as razões do malogro do ideal democrático. Por ter sido posto em prática de maneira errada o principio da democracia, e agravado pela constante ampliação do campo de sua aplicação, "número cada vez maior de homens sensatos e bem intencionados está pouco a pouco perdendo a fé no que outrora foi, para eles, o estimulante ideal da democracia". Originalmente, a democracia significava apenas um certo procedimento, um método específico, para se chegar a decisões políticas, nada dizendo, entretanto, essas decisões, sobre quais deviam ser os objetivos do governo. Era, e continua sendo, o único método de mudança pacífica dos governantes já descoberto pelos homens. Mas na sua forma atual, que nada mais é que "uma democracia de barganha", um mero "joguete dos interesses de grupos", ela decepciona amargamente a todos aqueles que acreditavam no principio de que o governo deveria ser norteado pela verdadeira opinião da maioria.

Como se criou essa situação? É o que pergunta e responde o próprio Hayek ao longo deste capitulo. E em resumo ele diz: "Por dois séculos, desde o fim da monarquia absoluta até o surgimento da democracia irrestrita, a grande meta do governo constitucional foi limitar todos os poderes governamentais. Os princípios básicos gradualmente estabelecidos para impedir lodo exercício arbitrário do poder foram a separação dos poderes, o estado de direito, o governo submetido ao direito, a distinção entre o direito público e o privado e as normas de procedimento jurídico.

Todos esses princípios ajudaram a definir e limitar as condições em que qualquer coerção sobre os indivíduos era admissível.

Considerava-se que só o interesse geral justificava a coerção. E apenas a coerção de acordo com normas uniformes aplicáveis igualmente a todos era reputada do interesse geral. Todos esses importantes princípios liberais foram relegados a segundo plano e parcialmente esquecidos quando se passou a acreditar que o controle democrático do governo tornara dispensáveis quaisquer outras salvaguardas contra o uso arbitrário do poder. O que se verificou foi não tanto o esquecimento dos velhos princípios, mas o esvaziamento do significado de seus termos tradicionais por meio da gradual modificação do sentido das palavras-chave neles empregadas. O mais importante desses termos, de que dependia o significado das fórmulas clássicas da constituição liberal, era 'Lei' (e 'Direito'), e todos os velhos princípios perderam o sentido à medida que o conteúdo dessa palavra foi modificado".

O que aconteceu com o surgimento do democratismo a partir finalmente de meados do século XIX foi que o poder de estabelecer leis e o poder governamental propriamente dito se tornaram completamente entrelaçados, desaparecendo o não muito que existia da doutrina da separação de poderes. O efeito dessa apenas aparente vitória do ideal democrático foi o de dar à autoridade governamental que conseguisse qualquer tipo de composição majoritária no seio das forças político eleitorais e das organizações sindicais todas as condições para estabelecer para si mesma as 'leis' que melhor favorecessem a consecução de seus objetivos imediatos. Essa democracia profundamente enfática quanto à

representatividade popular majoritária no governo era produto do conceito de Rousseau que, em seu Contrato Social de 1762, associou ao povo a ideia da soberania suprema e ilimitada, sem deixar, no entanto, a não ser a ambígua concepção da 'vontade geral', quaisquer princípios que definissem o que era a lei de verdade e como o povo deveria legislar. Característica do democratismo rousseauniano que imperava em fins do século XIX — e que é ainda típico dos dias atuais nos chamados países democráticos — é a seguinte parte de um discurso demagógico do político inglês Joseph Chamberlain, proferido em Londres em 1885: "Quando o governo era representado apenas pela autoridade da Coroa e pelas opiniões de uma determinada classe, posso compreender que era o dever primeiro dos homens que davam valor a sua liberdade restringir sua autoridade e limitar seus gastos. Mas tudo isso está mudado. Agora, o governo é a expressão organizada das vontades e das carências do povo e, portanto, devemos deixar de olhá-lo com suspeita. A suspeita é o produto dos velhos tempos, de circunstâncias que desapareceram há bastante tempo. Agora é nossa obrigação estender suas funções e verificar de que maneira suas operações podem ser vantajosamente ampliadas".

A consequência dessa evolução degenerativa foi o fim do princípio do governo submetido à lei e o retrocesso ao governo com poderes ilimitados como era nas monarquias absolutas. Mas muito mais profundo foi "o efeito de privar de seu significado o próprio conceito de lei. O pretenso legislativo já não se restringia (como John Locke o prescrevera) à formulação de leis no sentido de normas gerais. Tudo que o 'legislativo' decidisse passou a ser chamado de 'lei', e o órgão já não era chamado de

legislativo porque estabelecia leis, e sim 'lei' passou a ser a designação de tudo que emanasse do legislativo. A consagrada palavra 'lei' perdeu, assim, seu antigo significado, convertendo-se na designação das determinações de um governo que os pais do constitucionalismo teriam qualificado de arbitrário. A tarefa de governar transformou-se na principal ocupação do 'legislativo' e a função de legislar foi subordinada a essa tarefa de governar".

As consequências do democratismo associado à corrupção (acalentada pelo positivismo jurídico e pelo socialismo) do conceito originai de lei não se revelaram de imediato, como diz Hayek: "Por algum tempo, as tradições desenvolvidas no período do constitucionalismo liberal (principalmente no século XVI11 e até meados do século XIX) atuaram como um freio à expansão do poder governamental". No entanto, "sempre que foram imitadas em partes do mundo onde essas tradições do liberalismo clássico não existiam, semelhantes formas de democracia sucumbiram rápida e invariavelmente". Mas, nos países com mais longa experiência constitucional representativa, as barreiras liberais clássicas ao uso arbitrário do poder "foram minadas, de início, em função de motivos inteiramente benévolos". Passou-se a adotar nas 'democracias' que a discriminação para auxiliar os menos afortunados não deveria ser considerada discriminação. E, para colocar em condições materiais mais equitativas pessoas (que passaram a ser absurdamente chamadas de 'menos privilegiadas') com inevitáveis diferenças em muitas das circunstâncias da vida das quais depende seu sucesso material, os governos começaram a tratadas de forma desigual, rompendo o princípio fundamental de igualdade de tratamento perante a lei. Sob "o embuste da fórmula de 'justiça

social'", os governos dessas democracias converteram-se "em instituições de caridade expostas a incontrolável extorsão".

Hayek esclarece que "uma assembleia representativa nominalmente ilimitada (soberana) será cada vez mais impelida a promover uma constante e irrestrita expansão dos poderes do governo". E que esse agigantamento "só pode ser evitado pela divisão do poder supremo entre duas diferentes assembleias democraticamente eleitas, i. e., pela aplicação do princípio da separação dos poderes no mais alto nível".

A separação de poderes foi o princípio doutrinário de governo que os fundadores do constitucionalismo liberal e do governo representativo desenvolveram a partir do século XVII para limitar, os poderes monárquicos, visando à salvaguarda da liberdade individual. Os três fundamentos dessa doutrina eram: 1) que a atividade legislativa não deveria ser levada a cabo pelas mesmas pessoas que executassem as leis; 2) que somente seriam reconhecidas como leis aquelas que fossem "normas gerais de conduta justa individual, idênticas para todos e aplicáveis a um número desconhecido de casos futuros"; e 3) que a coerção (pelo governo ou por qualquer outra pessoa ou grupo) somente seria admitida para fazer valer ou executar a lei. Essa versão mais pura da separação de poderes contém, portanto, o sentido do estado de direito, pois se os homens devem ser governados por leis imparciais (as normas gerais de conduta justa), aqueles que fazem as leis não podem também julgar nem punir as violações das leis; e se aqueles que executam as leis também possuem poder legislativo para mudar as limitações legais sob as quais eles agem, então eles estarão, para

todos os efeitos, desvinculados das normas gerais do direito, sendo, portanto, nada menos que soberanos arbitrários.

Após demonstrar com argumentos persuasivos por que se deu o malogro das instituições representativas, Hayek propõe no Capítulo Dezessete as linhas mestras de um modelo constitucional que corrigiria os sistemas existentes naqueles aspectos que provocaram o desvirtuamento das ideias originais tanto da democracia quanto do constitucionalismo representativo. A constituição que se desenvolvesse com base nesse modelo levaria a uma reformulação realmente revolucionária das atuais formas de governo, permitindo o surgimento de um novo sistema político (que seria chamado 'demarquia' como pretendeu Hayek), sensivelmente diferente dos que temos hoje nas chamadas democracias ocidentais. As duas atribuições distintas, a da legislação (no seu autêntico sentido clássico e não na forma degenerada que hoje se observa) e a do governo, no sentido estrito de administrar a coisa pública, teriam de ser executadas, nesta nova estrutura organizacional, por duas entidades democráticas diferentes e totalmente independentes entre si, com funções inteiramente distintas e nitidamente separadas. Estas duas entidades não seriam só duas assembleias representativas separadas apenas formalmente, como ocorre hoje: seriam escolhidas e organizadas com base em dois princípios completamente diferentes, e, pela primeira vez, existiria uma verdadeira separação de poderes.

A entidade executiva governamental seria algo mais ou menos no gênero do que existe hoje nos países democráticos mais evoluídos do ocidente, cuja organização e maneira de proceder se conformaria,

entretanto, à necessidade de governar (administrar) e não à necessidade de legislar. Compreenderia um órgão governamental executivo e uma assembleia governamental de representantes (ou deputados), ambos compostos de membros eleitos pelo método democrático convencional, nos moldes dos atualmente adotados, inclusive obedecendo a esquemas partidários. Algo muito diferente seria necessário para a constituição de uma verdadeira assembleia legislativa. O que se quer é uma assembleia que não leve em conta as necessidades ou os interesses de determinados grupos ou facções mas os princípios gerais permanentes sobre os quais estariam ordenadas as atividades da comunidade. Seus membros e resoluções representariam não grupos específicos e seus anseios particulares, mas a opinião predominante a respeito do tipo de conduta considerada justa. Para estabelecer as normas de conduta justa que deveriam vigorar por muito tempo, e que seriam iguais para todos e sempre prospectivas, esta assembleia teria de ser representativa, ou seja, reproduziria uma espécie de corte transversal das opiniões predominantes sobre o certo e o errado; seus membros não poderiam ser os porta-vozes de interesses particulares ou expressar a 'vontade' de um setor específico da população. Seriam homens e mulheres de elevada confiança e respeitados pelos traços de caráter demonstrados nos seus afazeres normais e não precisariam da aprovação de grupos específicos de eleitores ou de partidos políticos. A disciplina partidária, necessária para a unidade de uma equipe de governo, na entidade executiva governamental, é, entretanto, evidentemente indesejável num organismo legislativo que estabelece normas gerais de conduta e que, portanto, limitam os poderes do governo. Por isso, a eleição democrática

dos legisladores neste novo sistema de governo baseado na liberdade não teria qualquer relação partidarista[7].

Além de discutir os princípios gerais que norteariam essa constituição ideal, Hayek entra em pormenores sobre cada um dos poderes principais que comporiam o novo sistema bem como sobre os métodos democráticos que seriam utilizados para a eleição de seus membros. Trata também da importante questão dos 'poderes de emergência' que a constituição deveria prever, e das profundas e benéficas modificações no campo das finanças públicas e da tributação que essas novas disposições constitucionais produziriam.

Antes de apresentar o notável Epílogo, "As Três Fontes de Valores Humanos" (que parece ser uma espécie de pré-apresentação da linha fundamental de sua nova obra 'The Fatal Conceit'), Hayek nos fornece o que pode ser considerado um capítulo de sinopse e conclusões. Ele de início destaca que a "limitação efetiva do poder é o problema mais importante da ordem social". E acentua que o governo só é indispensável à formação de uma ordem social na medida em que possa dar a todos "proteção contra a coerção e a violência praticadas pelos demais". E conclui ao fim deste Capítulo Dezoito: "O que tentei esboçar nestes volumes (e no ensaio que fiz cm separado sobre o papel da moeda numa sociedade livre[8]) foi traçar um roteiro que nos permita escapar ao processo de degeneração da forma

---

7 Veja discussão sobre "Um Legislativo sem Partidarismo", Henry Maksoud (org.), Editora Visão Ltda., 1984, São Paulo.

8 Ele se refere ao seu trabalho sobre desestatização da moeda que pode ser examinado em "Denationalisation of Money", F. A. Hayek, Hobart Paper 70, The Institute of Economics Affairs, London. 1978.

existente de governo, bem como elaborar uma instrumentação intelectual de emergência que esteja ao nosso alcance quando não tivermos outra escolha senão substituir a estrutura insegura por uma edificação mais sólida, em vez de recorrer, em desespero, a alguma forma de regime ditatorial. Um governo é necessariamente produto de criação intelectual. Se pudermos dar-lhe uma conformação que o induza a fornecer uma estrutura benéfica ao livre desenvolvimento da sociedade, sem dar a ninguém o poder de controlar as particularidades desse desenvolvimento, poderemos ter esperanças de assistir à evolução contínua da civilização".

Hayek mostra, mais uma vez, nesta sua obra que "para evitar destruir nossa civilização pela asfixia do processo espontâneo de interação dos indivíduos" precisamos abandonar a ilusão (e deixar de aceitar a pregação correspondente dos intelectuais socialistas de nossos dias) de que podemos 'criar o futuro da humanidade', encarregando o governo de dirigir a vida dos indivíduos na sociedade.

São Paulo, abril de 1985

HENRY MAKSOUD

Prefácio à Edição Brasileira

O avanço das ideias de um indivíduo é um processo lento. É, portanto, uma recompensa muito gratificante, pelo esforço despendido, quando, ainda que no acaso da vida, a pessoa vê que suas ideias vão sendo divulgadas com uma rapidez que se aproxima da própria progressão das mesmas. Há apenas dois anos tive a oportunidade de escrever o prefácio à edição brasileira de um livro meu publicado pela primeira vez há mais de vinte anos; agora, prefacio uma obra cuja última parte concluí há apenas seis anos, enquanto me preparo para enviar aos editores, dentro de poucos meses, a primeira parte de meu último livro. Tudo isso é evidentemente o resultado de um trabalho contínuo que venho realizando há muito mais tempo. Faz agora quarenta anos que comecei a desviar-me da teoria pura da economia para empreender uma análise das razões que tanto perverteram as políticas neste campo na maior parte do mundo. Isso fez com que cada vez mais eu me afastasse dos aspectos técnicos da economia para estudar os problemas da filosofia e particularmente os motivos pelos quais o próprio aumento da capacidade de compreensão do homem levou-o a exagerar os poderes da razão humana e a acreditar que ele poderia organizar deliberadamente a seu bel-prazer o padrão da interação humana, embora a vasta ordem das interações humanas, da qual dependemos, exceda claramente o poder de nossa percepção e conhecimento. Não tenho a pretensão de já haver conseguido algo como o conhecimento definitivo a respeito desses problemas — isso é para sempre negado ao homem. Mas acredito ter descoberto as origens de alguns dos mais perigosos erros correntes que

constituem uma grave ameaça ao futuro da humanidade, e não cessarei de combatê-los enquanto tiver forças para tanto.

Freiburg im Breisgau, maio 1984

F.A. HAYEK

Prefácio

Este é o primeiro dos três volumes em que me pareceu conveniente dividir a discussão do amplo tema indicado pelo titulo geral. De acordo com o plano do conjunto esboçado na Introdução, será seguido por um segundo volume, que abordará 'A miragem da justiça social', e por um terceiro, cujo assunto será 'A ordem política de uma sociedade livre'. Visto que uma primeira versão destes dois últimos volumes já foi escrita, espero poder publicá-los num futuro próximo. O leitor interessado em saber aonde conduzirá a argumentação encontrará nesse meio tempo algum indício numa série de estudos preliminares publicados ao longo dos anos em que este trabalho esteve em preparo, reunidos em parte nos meus Studies in Philosophy, Politics, and Economics (Londres e Chicago, 1967) e, de modo mais completo (mas em alemão), nos meus Freiburger Studien (Tübingen, 1969).

Seria impossível agradecer aqui, citando-os, a todos os que me auxiliaram de diversas maneiras durante os dez anos em que este trabalho me ocupou. Mas há uma dívida de gratidão que cumpre reconhecer especificamente. O professor Edwin McClellan, da Universidade de Chicago, novamente, como o fez em outra ocasião, deu-se ao grande trabalho de tornar minha exposição mais legível do que eu próprio o poderia ter feito. Sou profundamente grato a esse esforço solidário, mas devo acrescentar que, como o manuscrito com que trabalhou sofreu posteriormente outras alterações, ele não deve ser considerado responsável por quaisquer falhas que a versão final possa apresentar.

Introdução

> Parece haver uma única solução para o problema: tornar-se a elite da humanidade consciente das limitações da mente humana — ao mesmo tempo simples e profunda, humilde e sublime — para que a civilização ocidental passe a aceitar essas deficiências inevitáveis.
>
> G. FERRERO*

Quando Montesquieu e os autores da Constituição dos Estados Unidos da América formularam o conceito de constituição limitativa[1], que se desenvolvera na Inglaterra, fixaram o modelo seguido desde então pelo constitucionalismo liberal. Seu objetivo maior era estabelecer salvaguardas institucionais para a liberdade individual; e o dispositivo que lhes pareceu mais confiável foi a separação de poderes. Essa divisão de poderes entre legislativo, judiciário e executivo, na forma em que a conhecemos, não alcançou o que dela se pretendia: governos de todo o mundo obtiveram, por meios constitucionais, poderes que aqueles homens lhes tinham pretendido negar. A primeira tentativa de assegurar a liberdade individual por meio de constituições evidentemente fracassou.

---

* Guglielmo Ferrero, *The Principies of Power* (Nova Iorque, 1942), página 318. O parágrafo do qual a citação foi extraída começa da seguinte maneira: 'A ordem *é o* exaustivo trabalho de Sísifo da humanidade, em relação ao qual esta se encontra em constante estado de conflito potencial (...)'.

1 A expressão consagrada, de uso corrente nos séculos XVIII e XIX, é 'constituição limitada', mas 'constituição limitativa' também aparece ocasionalmente na literatura mais antiga.

Constitucionalismo significa governo com poderes limitados[2]. Mas a interpretação dada às fórmulas tradicionais de constitucionalismo tornou possível conciliá-las com um conceito de democracia segundo o qual essa é uma forma de governo cm que a vontade da maioria, no tocante a qualquer questão, é ilimitada[3]. Em consequência, já se chegou mesmo a afirmar que as constituições são remanescentes obsoletos, incompatíveis com o conceito moderno de governo*[4]. De fato, que papel desempenha uma constituição que torna possível um governo onipotente? Será sua função simplesmente permitir a atuação desimpedida e eficaz do governo, sejam quais forem os objetivos deste?

Diante disso, seria importante indagar o que fariam hoje os fundadores do constitucionalismo liberal se, visando aos mesmos objetivos de outrora, pudessem usufruir de toda a experiência que adquirimos desde então. Deveríamos ter extraído, da história dos últimos duzentos anos, um conhecimento de que aqueles homens, com toda a sua sabedoria, não podiam dispor. A meu ver, seus objetivos permanecem válidos como

---

2 Ver K. C. Wheare, *Modern Constitutions,* edição revista (Oxford, 1960), página 202: 'a ideia original subjacente [às constituições] é a de limitar os poderes do governo e exigir dos governantes submissão a leis e normas'; ver também C. H. McIlwain, *Constitutionalism: Ancient and Modern,* edição revista (Ithaca, N.Y. 1958), página 21: 'Todo governo constitucional é por definição governo com poderes limitados (...) o constitucionalismo tem uma qualidade essencial: é uma limitação legal imposta ao governo; é a antítese do governo arbitrário; seu oposto e o governo despótico, o governo da vontade'; C. J. Friedrich, *Constitutional Government and Democracy* (Boston, 1941), especialmente a página 131, onde se define constituição como 'o processo pelo qual a ação governamental é efetivamente restringida'.

3 Ver Richard Wollheim, 'A paradox in the theory of democracy', em Peter Laslett e W. G. Runciman (eds.), *Philosophy, Polities and Society*, segunda série (Oxford, 1962), página 72: 'a concepção moderna de Democracia t a de uma forma de governo em que não se impõe restrição alguma ao corpo governante'.

4 Ver George Burdeau, 'Une Survivance: Ia notion de constitution', em *L'Evolution du cIroir public, éiudes offertes à Achille Mestre* (Paris, 1956).

sempre o foram, mas, já que os meios de que lançaram mão se mostraram inadequados, faz-se necessário inovar no campo institucional.

Em outro livro tentei reformular a doutrina tradicional do constitucionalismo liberal, e espero ter conseguido elucidá-la em alguma medida[5]. No entanto, só depois de estar o livro concluído percebi nitidamente por que aqueles ideais não tinham conseguido preservar a adesão dos idealistas, responsáveis por todos os grandes movimentos políticos, e compreendi quais das convicções dominantes de nossa época se revelaram incompatíveis com tais ideais. Vejo agora que isso se deveu principalmente à perda da fé numa justiça desvinculada do interesse pessoal; consequentemente, ao emprego da legislação como forma de autorizar a coerção, não só para impedir a ação injusta, mas para garantir determinados resultados a pessoas e grupos específicos; e à fusão, nas mesmas assembleias representativas, de duas tarefas, a de formular normas de conduta justa e a de dirigir o governo.

O que me levou a escrever mais um livro sobre o mesmo tema geral abordado pela obra anterior foi o reconhecimento de que a preservação de uma sociedade de homens livres depende da compreensão de três ideias fundamentais que nunca foram adequadamente elucidadas, e às quais são dedicadas as três partes principais desta obra. A primeira é que ordem autogeradora, ou espontânea, e organização são duas coisas distintas, e que essa distinção está relacionada aos dois tipos de normas ou leis que predominam em cada uma delas. A segunda é que o que hoje é geralmente

5 Ver F. A. Hayek, *The Constitution of Liberty* (Londres e Chicago, 1960); *Os fundamentos da liberdade* (São Paulo e Brasília, 1983).

considerado justiça 'social' ou distributiva só tem sentido no interior da segunda dessas duas formas de ordem, a organização, mas não tem sentido algum na ordem espontânea chamada por Adam Smith de 'Grande Sociedade' e por Sir Karl Popper de 'Sociedade Aberta', sendo com ela totalmente incompatível. A terceira é que o modelo dominante de instituição democrática liberal, em que mesmo organismo representativo estabelece as normas de conduta justa e dirige o governo, leva à uma transformação gradual da ordem espontânea de uma sociedade livre em um sistema totalitário posto a serviço de alguma coalizão de interesses organizados.

Espero demonstrar que essa transformação não decorre forçosamente da democracia sendo apenas resultado daquela forma específica de governo com poderes ilimitados com a qual a democracia passou a ser identificada. Se meu ponto de vista estiver correto, concluir-se-á, de fato, que a forma de governo representativo hoje predominante no mundo ocidental — que muitos se sentem no dever de defender por considerá-la, erroneamente, a única forma possível de democracia — tem a tendência inerente de se afastar dos ideais a que deveria servir. Não se pode negar que, a partir do momento em que esse gênero de democracia foi aceito, afastamo-nos progressivamente do ideal de liberdade individual que ela era considerada a melhor salvaguarda, e vemo-nos agora impelidos para um sistema que ninguém desejava.

Contudo, não faltam indícios de que a democracia ilimitada caminha para um abismo, no qual cairá não com uma explosão, mas com um

suspiro*. Já se torna evidente que muitas das expectativas por ela despertadas só poderão ser atendidas se o poder de decisão for arrebatado das mãos das assembleias democráticas e confiado às coalizões constituídas de interesses organizados e aos especialistas por eles contratados. De fato, tem-se afirmado que a função dos organismos representativos é hoje a de 'mobilizar a aquiescência'[6], isto é, não expressar mas manipular a opinião dos que são por eles representados. Mais cedo ou mais tarde o povo descobrirá não só que está à mercê de novos interesses organizados, mas também que a máquina política paragovernamental, surgida como consequência necessária do estado provedor, está provocando um impasse ao impedir que a sociedade efetue as adaptações necessárias para manter, num mundo em transformação, o padrão de vida atual, sem falar em alcançar padrões mais elevados. Provavelmente as pessoas levarão algum tempo para admitir que as instituições por elas criadas as conduziram a tal impasse. Mas talvez já seja tempo de se começar a pensar numa saída. E a certeza de que isso exigirá uma revisão drástica de convicções hoje universais leva-me a ousar aqui uma nova formulação institucional.

Se já soubesse, ao publicar Os fundamentos da liberdade (*The Constitution of Liberty**), que prosseguiria até a tarefa que empreendo no

---

* No original, *'not with a bang, but with a whimper',* expressão tomada do verso que conclui o poema *The Hollow Men* ('Os homens ocos') de T. S. Eliot; tradução de Ivan Junqueira (1980]: 'Assim expira o mundo/ não com uma explosão, mas com um suspiro'. (N.T.)

6 Ver Samuel H. Bcer, The British legislature and thc problem of mobilizing consent', em Elke Frank (ed.) *Lawmakers in a Changing World* (Englewood Cliffs, N. J., 1966), reeditado em B. Crick (ed.) *Essays on Reform* (Oxford, 1967).

* Friedrich A. Hayek, *Os fundamentos da liberdade* (São Paulo/Brasília: Editora Visão Ltda./Editora Universidade de Brasília, 1983. N.E.)

presente livro, teria reservado o título para usá-lo agora. Naquela ocasião empreguei a palavra 'constituição' (*'constitution'*) no sentido amplo em que a empregamos também para talar da compleição física de uma pessoa. Só agora, neste livro, é que passo a considerar a questão de qual seria a estrutura constitucional, no sentido jurídico, mais propícia à preservação da liberdade individual. No primeiro uma simples alusão que poucos leitores terão percebido[7], limitei-me a enunciar os princípios que as formas existentes de governo teriam de adotar se desejassem preservar a liberdade. A crescente consciência de que as instituições hoje em vigor tornam isso impossível fez com que me concentrasse cada vez mais no que, a principio, 'parecia apenas uma ideia atraente mas impraticável, até que a utopia foi perdendo sua singularidade e passei a vê-la como a única resposta para o problema em cuja solução os fundadores do constitucionalismo liberal fracassaram.

Contudo, essa questão do projeto constitucional só será abordada no Volume III desta obra. Para dar um mínimo de plausibilidade à sugestão de um desvio radical em relação à tradição estabelecida, fezse necessário um reexame crítico não só de ideias amplamente aceitas, como também do significado real de algumas concepções fundamentais a que ainda rendemos uma homenagem apenas retórica. De fato, logo me dei conta de que a consecução da tarefa que me propusera exigiria praticamente fazer, em relação ao século XX, o que Montesquieu fizera em relação ao século XVIII. O leitor deve acreditar quando afirmo que, ao longo do meu

7Ver F. A. Hayek, *op. cit.,* página 207 e nota 12.

trabalho, mais de uma vez desesperei da minha capacidade de chegar sequer perto da meta que estabelecera. Não me refiro ao fato de Montesquieu ter sido também um grande gênio literário, a quem um mero scholar não pode ter a pretensão de imitar. Falo da dificuldade puramente intelectual resultante do fato de que, enquanto para Montesquieu o campo que tal empreendimento; deveria abranger ainda não se fragmentara em inúmeras especializações, mais tarde tornou-se impossível para qualquer homem dominar até mesmo as obras pertinentes mais importantes. No entanto, embora o problema de uma ordem social adequada seja estudado em nossos dias a partir das diferentes perspectivas da economia, da jurisprudência, da ciência política, da sociologia[8] e da ética, a questão é de tal espécie que só pode ser abordada com sucesso se tomada como um todo. Isso significa que qualquer pessoa que hoje empreenda semelhante tarefa não pode declarar competência profissional em todos os campos que deverá abordar, nem conhecimento da literatura especializada referente a todas as questões que venham a surgir.

Em nenhum outro campo o efeito nocivo da divisão em especializações é mais evidente do que nas mais antigas dessas disciplinas, a economia e o direito. Os pensadores do século XVIII a quem devemos as concepções básicas do constitucionalismo liberal, David Hume e Adam Smith, não menos que Montesquieu, se interessavam ainda pelo que chamavam de 'ciência da legislação', ou seja, pelos princípios de política de governo, no sentido mais amplo da expressão. Uma das principais teses

---

8 No original: *'(...) in its parlicularislic or "aet" variety; (...)'.* Ver Volume 11, Capitulo Um, no subcapítulo intitulado 'A falácia construtivista do militarismo'. (N.T.)

deste livro será que as normas de conduta justa estudadas pelo profissional do direito servem a um tipo de ordem cujo caráter ele próprio em grande parte desconhece; e que essa ordem é estudada principalmente pelo economista que, por sua vez, também desconhece o caráter das normas de conduta em que assenta a ordem que estuda.

A mais grave consequência da fragmentação em especializações daquilo que antes constituía um único campo de estudo, no entanto, é ter ela originado uma terra-de-ninguém, uma disciplina nebulosa, por vezes denominada 'filosofia social'. Algumas das principais controvérsias surgidas no âmbito dessas disciplinas giram, de fato, em torno de divergências sobre questões que não lhes são peculiares e, portanto, tampouco são por elas sistematicamente examinadas, sendo por esta razão consideradas 'filosóficas'. Isso ê usado muitas vezes como desculpa para a adoção tácita de uma posição que supostamente não exigiria nem seria passível de justificativa racional. Contudo, esses temas cruciais, de que dependem inteiramente não só interpretações factuais como posicionamentos políticos, são questões que podem e devem ser resolvidas com base nos fatos e na lógica. São 'filosóficas' somente no sentido de que certas ideias hoje de aceitação comum, porém errôneas, resultam da influência de uma tradição filosófica que propõe uma falsa resposta a perguntas suscetíveis de tratamento científico explícito.

No primeiro capítulo deste livro tento demonstrar que certos pontos de vista científicos e políticos amplamente aceitos se baseiam numa determinada concepção da formação das instituições sociais a que chamarei de 'racionalismo construtivista' — concepção que pressupõe que todas as

instituições sociais são, e devem ser, produto de um plano deliberado. Pode-se demonstrar que essa tradição intelectual é falsa tanto nas suas conclusões factuais quanto nas normativas, pois as instituições existentes não são todas resultado de criação intencional, nem seria possível tornar a ordem social totalmente dependente de criação intencional sem, ao mesmo tempo, restringir enormemente a utilização do conhecimento disponível. Essa concepção errônea está intimamente associada à concepção igualmente falsa da mente humana como uma entidade que existiria fora da ordem da natureza e da sociedade, ao invés de ser ela própria produto do mesmo processo de evolução ao qual se devem as instituições da sociedade.

De fato, fui levado à convicção de que não só algumas das divergências científicas, mas também as mais importantes divergências políticas (ou 'ideológicas') de nossa época, repousam, em última instância, cm determinadas divergências filosóficas básicas entre duas escolas de pensamento, uma das quais está equivocada, como é possível demonstrar. Ambas são em geral denominadas racionalismo; impõe-se, porém, fazer uma distinção entre, de um lado, o racionalismo evolucionista (ou, como Sir Karl Popper prefere, 'crítico') e, de outro, o errôneo racionalismo construtivista (ou 'ingênuo', segundo Popper). Se for possível demonstrar que o racionalismo construtivista tem base em premissas factualmente falsas, toda uma linhagem de escolas de pensamento científico e político também se revelará falsa.

Nos domínios teóricos, são em particular o positivismo jurídico e a crença, a ele relacionada, na necessidade de um poder 'soberano' ilimitado que cairiam por terra com a comprovação desse erro. O mesmo se aplica ao

utilitarismo, pelo menos em seu aspecto particularista ou em sua versão pragmática[9]. Receio também que parte considerável da chamada 'sociologia' seja herdeira direta do construtivismo na medida em que define seu objetivo como o de 'criar o futuro da humanidade'[10], ou, na expressão usada por um autor, quando afirma 'que o socialismo é o resultado lógico e inevitável da sociologia'*. Todas as doutrinas totalitárias, das quais o socialismo é apenas a mais nobre e a mais influente, enquadram-se nessa categoria. São falsas, não por causa dos valores em que se fundam, mas por causa da sua concepção errônea das forças que tornaram possíveis a Grande Sociedade e a civilização. A demonstração de que as diferenças entre socialistas e não-socialistas residem, em última análise, em questões puramente intelectuais, passíveis de uma solução científica, e não em juízos de valor divergentes, é, a meu ver, um dos mais importantes resultados da linha de pensamento seguida neste livro.

Penso também que o mesmo erro factual pareceu, durante muito tempo, tornar insolúvel o problema mais crucial da organização política, a saber, como limitar a 'vontade popular' sem lhe sobrepor uma outra 'vontade'. Tão logo tenhamos reconhecido que a ordem básica da Grande Sociedade não se pode fundamentar inteiramente em planejamento, não podendo, portanto, visar a determinados resultados previsíveis, compreenderemos também que a exigência — como legitimação de toda

9 Torgny T. Scgcrstcdt, 'Wandel der Gescllschaft', *Bild der Wissenschaft,* vol. VI, maio dc 1969, página 441.

10 'Enrico Ferri, Annaies de 1'Institut Internationale de Sociologie, vol. I, 1895, página 166: 'Le socialisme est le poim d'arrivée logique et inévitable dc la sociologie'.

autoridade — de um comprometimento com princípios gerais aprovados pela opinião geral pode impor fortes restrições à vontade particular de toda autoridade, mesmo da autoridade da maioria em um dado momento.

O pensamento referente a essas questões que constituirão meu principal objeto de reflexão parece não ter avançado muito desde David Hume e Immanuel Kant, e, sob vários aspectos, nossa análise terá de recomeçar exatamente a partir do ponto em que eles a deixaram. Foram eles os que mais se aproximaram de um claro reconhecimento da posição que ocupam os valores como condições independentes e norteadoras de toda construção racional. O tema fundamental deste livro, embora só o possa tratar sob um aspecto limitado, é a destruição de valores em decorrência do erro científico, o que, cada vez mais, me parece constituir a grande tragédia de nossos dias — tragédia porque os valores que o erro científico tende a destronar constituem o fundamento indispensável de toda a nossa civilização e até das próprias doutrinas científicas que se voltaram contra eles. A tendência do construtivismo a atribuir os valores que não sabe explicar a decisões humanas arbitrárias, ou a atos de vontade, ou a meras emoções, e não a condições necessárias de fatos tacitamente aceitos pelos seus proponentes, muito tem contribuído para abalar os fundamentos da civilização e da própria ciência, também ela fundada num sistema de valores que não pode ser cientificamente provado.

Nota dos tradutores

A palavra *order* (ordem) aparece no original em dois sentidos: significando 'sistema', em *spontaneous order* e *market order* por exemplo, acepção em que guarda semelhança com o termo 'ordem', em expressões como 'ordem civil', 'ordem jurídica', 'ordem política'; e em contraposição a 'desordem'. Algumas vezes é usada ainda no sentido de 'determinação específica' (*command*), termo inglês que estaria ingressando no vocabulário jurídico português como 'comando'. Preferiu-se, no entanto, traduzi-lo por 'determinação específica', deixando 'ordem' apenas quando não há perigo de confusão com as duas primeiras acepções.

A adoção de 'ordem de mercado' para *market order*, em vez de 'sistema de mercado', pode causar estranheza, não só por ser inédito mas também por parecer errado, sendo supostamente 'ordem do mercado' o mais correto. Talvez 'sistema de mercado' fosse uma tradução razoável. Porém o autor parece querer enfatizar que o mercado livre não é um sistema (sistemas podem ser deliberadamente criados e modificados pelo homem), mas, acima de tudo, um 'sistema' que se auto-ordena espontaneamente, quando as livres ações humanas que o formam são limitadas apenas por normas abstratas e prospectivas aplicáveis igualmente a todos, e no qual o governo não pode intervir sem produzir desordem. Portanto, empregou-se a expressão 'ordem de mercado' com o propósito de ser fiel à intenção do autor e na esperança de que ela passe ao uso corrente.

Por outro lado, quando, em um mesmo parágrafo ou subcapitulo, surge market order, referindo-se tanto ao sistema de mercado como ao fato

de que ele está ordenado, as traduções respectivas são 'sistema de mercado' e 'ordem do mercado'.

Nota do 'Transcritor'

A história tende a subestimar o poder da ação empreendedora de um único indivíduo de mudar o curso dos eventos. Livrar-se dessa crença é uma experiência libertadora. Há muitas pessoas e iniciativas para conscientizar as pessoas da importância da liberdade, seja pro-ativo. Sejamos uma 'estrela do mar', não uma 'aranha'.

UM

Capítulo 1 - Razão e evolução

> Explicar por quem, e em que contexto, foi identificada a verdadeira lei da formação de estados livres — e como essa descoberta, estreitamente relacionada àquelas que, sob os termos desenvolvimento, evolução e continuidade, forneceram a outras ciências um método novo e mais penetrante — resolveu o antigo problema entre estabilidade e mudança e revelou a influência da tradição sobre o progresso do pensamento.
>
> LORD ACTON*

Construção e evolução

Há duas maneiras de considerar a estrutura das atividades humanas, levando cada uma a conclusões muito diversas no tocante tanto ao modo de explicá-la quanto às possibilidades de se alterá-la intencionalmente. Uma se funda em conceitos cuja falsidade pode ser demonstrada, mas que, sendo muito agradáveis à vaidade humana, passaram a exercer grande influência;

---

* *Lord* Acton, *The History of Freedom and Other Essays* (Londres, 1907), página 58. A maior parte dos problemas a serem tratados neste capitulo introdutório foi mais extensamente examinada numa serie de estudos preliminares reeditados em sua maioria em F. A. Hayek, *Studies in Philosophy, Polilics and Economics* (Londres e Chicago, 1967) (a que passamos a nos referir como *S. P. P. E.)* ver, em particular, os capítulos 2-6 dessa obra, bem como a minha conferência (1966) sobre o Dr. Bernard Mandeville, em *Proceedings of lhe British Academy,*)ii (Londres, 1967), e *The Confusion of Language in Political Theory* (Londres, 1968).

assim, mesmo pessoas cientes de que eles se baseiam numa ficção não raro os empregam, por julgarem essa ficção inócua. A outra — cuja argumentação básica poucos contestariam se apresentada de modo abstrato — leva, contudo, sob certos aspectos, a conclusões tão desagradáveis que quase ninguém se dispõe a examiná-la em todas as suas implicações.

A primeira nos dá um sentimento de poder ilimitado para realizar nossos desejos, enquanto a segunda nos faz compreender que há limites ao que podemos realizar deliberadamente e reconhecer que algumas de nossas esperanças atuais são ilusões. No entanto, por se ter deixado enganar pela primeira perspectiva, o homem sempre limitou de fato o alcance do que pode realizar. Pois foi sempre o reconhecimento dos limites do possível que lhe permitiu o pleno uso de suas capacidades[1].

A primeira perspectiva afirma que as instituições humanas só servirão aos propósitos humanos se tiverem sido intencionalmente criadas para esse fim; com frequência afirma também que a existência de uma instituição prova ter sido ela criada para uma finalidade; e insiste sempre em que deveríamos replanejar a sociedade e suas instituições de tal modo que todos os nossos atos viessem a ser inteiramente guiados por objetivos conhecidos. Para a maioria das pessoas essas proposições parecem quase evidentes por si mesmas, constituindo a única atitude digna de um ser

1 'É moda hoje ridicularizar qualquer afirmativa de que algo é impossível e apontar os inúmeros casos em que mesmo aquilo qualificado como impossível pelos cientistas posteriormente revelou-se possível. É verdade, entretanto, que todo progresso do conhecimento cientifico consiste, em última análise, na compreensão da impossibilidade de certos eventos. Sir Edmund Whittaker, físico matemático, denominou isto o 'princípio da impotência', e Sir Karl Popper desenvolveu sistematicamente a ideia de que todas as leis cientificas consistem essencialmente em proibições, ou seja, em afirmativas de que algo não pode ocorrer; ver especialmente Karl Popper, The Logic of Scientific Discovery (Londres, 1954).

pensante. No entanto, a ideia a elas subjacentes — a de que todas as instituições úteis decorrem da criação intencional e que somente tal criação as tornou ou as pode tornar úteis a nossos propósitos — é basicamente falsa.

Essa perspectiva tem origem numa propensão profundamente arraigada no pensamento primitivo para interpretar de forma antropomórfica toda regularidade encontrada nos fenômenos, considerando-a resultado do desígnio de uma mente pensante. Mas, no momento em que o homem estava em via de se emancipar dessa concepção ingênua, ela foi ressuscitada pelo alento de uma poderosa filosofia à qual ficou estreitamente associado o objetivo de libertar a mente humana de falsos preconceitos e que se tornou a concepção dominante do Século das Luzes.

A outra perspectiva, que avançou de modo lento e gradual desde a Antiguidade, mas foi por algum tempo quase ofuscada pela posição construtivista, mais fascinante, era a de que a ordenação da sociedade, que muito aumentou a eficácia da ação individual, não se deveu apenas a instituições e práticas inventadas ou criadas para tal fim; ao contrário, resultou basicamente de um processo denominado, primeiro, 'crescimento' e, mais tarde, 'evolução', processo no qual práticas a princípio adotadas por outras razões, ou mesmo por mero acaso, foram preservadas por terem permitido ao grupo em que surgiram preponderar sobre os demais*. Desde

* Ver nota 7. capitulo 5. (N.T.)

a sua primeira elaboração sistemática, no século XV111, essa perspectiva teve de lutar não apenas contra o antropomorfismo do pensamento primitivo mas, e com maior intensidade, contra o reforço que essas concepções ingênuas tinham recebido da nova filosofia racionalista. Foi de fato o desafio apresentado por essa filosofia o que levou à formulação explícita da perspectiva evolucionista[2].

As teses do racionalismo cartesiano

Foi o grande pensador René Descartes quem deu às ideias básicas do que chamaremos de racionalismo construtivista sua mais completa expressão. Mas, enquanto ele se absteve de extrair delas conclusões aplicáveis à análise das questões sociais e morais[3], estas foram elaboradas principalmente por seu contemporâneo (alguns anos mais velho, mas que viveu por muito mais tempo), Thomas Hobbes. Embora o objetivo imediato de Descartes fosse

---

2 Sobre o papel desempenhado por Bernard Mandeville em relação a isso, ver minha conferência a seu respeito, citada na nota com asterisco no começo deste capitulo.

3 As implicações daquela que é pelo menos a interpretação mais aceita da abordagem cartesiana no que diz respeito a todos os problemas morais e políticos são claramente apresentadas em Espinas, (*Descartes et la morale*, 2 vols. Paris, 1925), especialmente no inicio do vol. Quanto ao domínio de todo o iluminismo francês pela modalidade cartesiana de racionalismo, ver G. de Rugiero, *History of European Liberalism*, trad. R. G. Collingwood (Londres, 1927), página 21 et seq.:

> Pertencem à escola cartesiana quase todos os expoentes das culturas superiores e média do século XVIII: os cientistas, (...) os reformadores sociais, que acusam a história de ser um museu de usos e abusos irracionais, e empenham-se em reconstruir todo o sistema social; os juristas, a cujos olhos o direito é e deve ser um sistema dedutível de alguns princípios universais e evidentes por si mesmos.

Ver também H. J. Laski, *Studies in Law and Politicsf* (Londres e New Haven, 1922), página 20:

> Que significa racionalismo (com relação a Voltaire, Montesquieu e outros]? Trata-se, essencialmente, de uma tentativa de aplicar os princípios do cartesianismo às Questões humanas. Tome-se como postulado a inegável clareza do sólido consenso comum e raciocine-se com lógica a partir dele até as conclusões que implica. Tal senso comum, acreditavam todos os filósofos, produzirá os mesmos resultados em toda parte: o que é senso comum para o sábio de Ferney, também o será em Pequim ou nas matas da América.

estabelecer critérios para a verdade das proposições, tais critérios foram também, inevitavelmente, utilizados por seus seguidores no julgamento da adequação e justificação das ações. A 'dúvida radical', que o fez se recusar a aceitar como verdadeiro tudo que não pudesse ser logicamente deduzido de premissas explícitas, 'claras e distintas', e portanto acima de dúvida possível, invalidava todas as normas de conduta que não pudessem ser assim justificadas. Embora o próprio Descartes tivesse conseguido escapar a essas consequências atribuindo tais normas de conduta ao desígnio de uma divindade onisciente, no modo de ver dos seus seguidores para quem isso já não parecia uma explicação adequada a aceitação de tudo que se baseasse apenas na tradição, não podendo ser integralmente justificado em bases racionais, afigurava-se como superstição. A rejeição como 'mera opinião' de tudo que não pudesse ser demonstrado como verdadeiro pelos critérios cartesianos tornou-se a característica predominante do movimento iniciado por esse pensador.

Visto que para Descartes a razão se definia como dedução lógica a partir de premissas explícitas, ação racional veio também a significar apenas aquela ação inteiramente determinada pela verdade conhecida e demonstrável. A partir disso, torna-se quase inevitável concluir que somente o que é verdadeiro nesse sentido pode levar à ação eficaz e que, portanto, tudo aquilo a que o homem deve suas realizações é produto de seu raciocínio, assim concebido. Instituições e práticas que não tenham sido criadas dessa maneira só por acaso podem ser úteis. Essa se tornou a atitude característica do construtivismo cartesiano, com seu desprezo pela

tradição, o costume e a história em geral. A razão do homem, por si só, torná-lo-ia capaz de construir a sociedade em novos moldes[4].

Essa abordagem 'racionalista', porém, representou na verdade um retrocesso a modos de pensar de eras anteriores, antropomórficos. Revigorou a propensão a atribuir a origem de todas as instituições da cultura à invenção ou à criação intencional. Moral, religião e direito, linguagem e escrita, moeda e mercado foram interpretados como tendo sido deliberadamente construídos por alguém; ou, pelo menos, como tendo derivado dessa criação intencional o grau de perfeição que pudessem apresentar. Esta versão intencionalista ou pragmática[5] da história encontrou sua expressão mais completa na ideia da formação da sociedade por meio de um contrato social, primeiro em Hobbes e depois em Rousseau, o qual, sob muitos aspectos, foi um seguidor direto de Descartes[6]. Embora a teoria de ambos nem sempre pretendesse ser um

---

4 O próprio Descartes deu expressão a essa atitude ao escrever em seu *Discours de la méthode* (inicio da parte 2) que a grandeza de Esparta se devia não à preeminência de cada uma de suas leis em particular (...) mas à circunstância de que, originadas por um único indivíduo, tendiam todas a um único fim'. Para uma aplicação típica dessa idéia por um governante do século XVIII, ver a declaração de Frederico II, da Prússia, citada em G. Küntzel, *Die politischen Testamente der Hohenzollern* (Leipzig, 1920), vol. 2, página 64, segundo a qual, assim como Newton não poderia ter criado seu sistema da atração universal se tivesse tido de colaborar com Leibniz e Descartes, tampouco um sistema político poderia surgir e se manter se não fosse produto de uma única mente.

5 'Pragmático' e o termo mais antigo usado nesse sentido sobretudo por Carl Menger. *Untersuchunger über die Methoden der Socialwissenschaften* (Leipzig, 1882), traduzido como *Problems of Economics and Sociology* por F. J. Nock, com introdução de Louis Schneieder (Urbana, III., 1963), que contém ainda a melhor das abordagens anteriores desses problemas.

6 Quanto à influência decisiva de Descartes sobre Rousseau, ver H. Michel, *L'Idée de 1'état* (Paris, 1896), página 66 (com referências a autores anteriores); A. Schatz, *L'lndividuolisme economique et social* (Paris, 1907), página 40 et seq.; R. Derathé, *Le Rationalisme de Jean-Jacques Rousseau* (Paris, 1948); e a perspicaz observação de R. A. Palmer, The Age of Democratic Revolution (Princeton, 1959 e 1964), vol. I, página 114, de que para Rousseau 'não havia nem lei, exceto a lei criada pela vontade dos homens vivos — essa foi

registro histórico do que realmente aconteceu, sempre quis fornecer um indicador mediante o qual se pudesse decidir se instituições existentes deviam ou não ser aprovadas como racionais.

É a essa concepção filosófica que devemos a preferência, até hoje reinante, por tudo o que é feito 'consciente' ou 'deliberadamente'; e é dela que o termo 'irracional' ou a expressão 'não racional' derivam o sentido depreciativo que têm hoje. Em decorrência, o que fora antes uma presunção favorável aos usos e instituições tradicionais ou consagrados tornou-se uma presunção contrária aos mesmos, e a 'opinião' passou a ser considerada 'mera' opinião — algo não demonstrável nem determinável pela razão, inaceitável, portanto, como base válida para decisões.

Contudo, o pressuposto básico da ideia de que o homem conseguiu dominar o seu meio sobretudo através da capacidade de dedução lógica, a partir de premissas explicitas, é factualmente falso, e toda tentativa de restringir as ações do homem ao que pudesse ser assim justificado privá-lo-ia de muitos dos melhores instrumentos de realização que têm estado ao seu alcance. Simplesmente não é verdade que nossas ações devem sua eficácia apenas ou sobretudo ao conhecimento que somos capazes de verbalizar e que pode, portanto, constituir as premissas explícitas de um silogismo. Muitas instituições da sociedade que são condições indispensáveis para a consecução de nossos objetivos conscientes resultaram, na verdade, de costumes, hábitos ou práticas que não foram

---

sua maior heresia sob muitos pontos de vista, inclusive o cristão: foi também sua maior afirmação em teoria política'.

inventados nem são observados com vistas a qualquer propósito semelhante. Vivemos numa sociedade em que podemos orientar-nos com êxito, e em que nossas ações têm boas probabilidades de atingir seu objetivo, não só porque nossos semelhantes são norteados por objetivos conhecidos ou por relações conhecidas entre meios e fins, mas porque eles são também limitados por normas cujo propósito ou origem muitas vezes desconhecemos e das quais, frequentemente, Ignoramos a própria existência.

Na mesma medida em que é um animal que persegue objetivos[7], o homem é um animal que segue normas. E alcança seus objetivos não por conhecer as razões pelas quais deve observar as normas que observa, nem por ser capaz de dar expressão verbal a todas elas, mas porque seu pensamento e ação são orientados por normas que, por um processo de seleção, evoluíram na sociedade em que ele vive e que, assim, são produto da experiência de gerações.

As limitações permanentes de nosso conhecimento factual.

A perspectiva construtivista gera conclusões falsas por não levar em conta que — não só no estágio primitivo, mas talvez mais ainda na civilização — as ações do homem são em geral eficazes em razão de se adaptarem tanto

---

7 Ver R. S. Peters, *The Concept of Motivation* (Londres, 1959), página 5:
O homem é um animal que segue normas. Suas ações não visam simplesmente a fins; ajustam-se também a padrões e convenções sociais e, ao contrário de uma máquina de calcular, ele age movido por seu conhecimento de normas e objetivos. Por exemplo, atribuímos às pessoas traços de caráter como honestidade, pontualidade, cortesia e maldade.
Ao contrário de ambição, fome, ou desejo de ascensão social estes termos não indicam que espécie de meta um homem tende a visar; indicam antes o tipo de controle que ele impõe à própria conduta, sejam quais forem suas metas.

aos fatos particulares que ele conhece quanto a I um grande número de outros fatos que não conhece nem pode conhecer. E essa adaptação às circunstâncias gerais que o cercam é fruto de sua observância de normas que ele não criou deliberadamente e, com frequência, sequer conhece explicitamente, embora seja capaz de respeitá-las na prática. Ou, em outras palavras, nossa adaptação ao meio não consiste apenas, e talvez nem mesmo principalmente, numa apreensão de relações de causa e efeito, mas também em serem nossas ações pautadas por normas adaptadas ao tipo de mundo em que vivemos, ou seja, a circunstâncias de que não temos consciência e que, no entanto, determinam a configuração de nossas ações bem-sucedidas. A completa racionalidade da ação, no sentido cartesiano, exige um completo conhecimento de todos os fatos relevantes. Um projetista ou engenheiro necessita de todos os dados e de plenos poderes para controlá-los ou manipulá-los a fim de organizar os elementos materiais e produzir o resultado pretendido. Mas o êxito da ação na sociedade depende de um maior número de fatos particulares do que seria dado a qualquer pessoa conhecer. Em consequência, toda a nossa civilização se funda, e deve fundar-se, na nossa confiança em muito do que não podemos saber ser verdadeiro no sentido cartesiano.

Cumpre portanto pedir ao leitor que tenha sempre em mente, ao ler este livro, a necessária e irremediável ignorância — de todos — da maioria dos fatos particulares que determinam as ações de todos os diversos membros da sociedade humana. À primeira vista isso pode parecer tão óbvio e incontestável que mal seria digno de nota e menos ainda exigiria

comprovação. Mas o resultado de esse fato não ser constantemente enfatizado é que acaba sendo esquecido com demasiada facilidade. Isso ocorre sobretudo por se tratar de fato altamente incômodo, que torna muito mais difíceis nossas tentativas tanto de explicar quanto de influenciar de maneira inteligente os processos da sociedade, e impõe consideráveis limites ao que podemos dizer ou fazer a seu respeito. Surge portanto a grande tentação, numa primeira abordagem, de partir da hipótese de que sabemos tudo o que é necessário para a plena elucidação e controle. Essa hipótese provisória é com frequência tratada como algo sem maior importância, que mais tarde pode ser abandonado sem que isso altere significativamente as conclusões. No entanto, essa ignorância necessária da maioria dos fatos particulares que integram a ordem de uma Grande Sociedade é a causa do problema central de toda ordem social, e a falsa hipótese que leva a colocá-la provisoriamente em segundo plano em geral nunca é explicitamente abandonada, mas apenas convenientemente esquecida. O raciocínio então prossegue, como se essa ignorância não importasse.

Nossa irremediável ignorância da maioria dos fatos particulares que determinam os processos da sociedade é, no entanto, a razão pela qual a maioria das instituições sociais assumiu a forma que realmente tem. Falar de uma sociedade cujos fatos particulares o observador ou qualquer de seus integrantes conhece em sua totalidade é falar de algo inteiramente diverso de tudo que jamais tenha existido — uma sociedade na qual praticamente tudo que se encontra na nossa não existiria e não poderia existir e que, se

jamais existisse, possuiria propriedades que nem sequer somos capazes de imaginar.

Analisei mais detidamente, num livro anterior[8], a importância da nossa ignorância necessária dos fatos concretos, e desta vez enfatizo sua importância essencial sobretudo enunciando-a no início da exposição. No entanto, diversas questões exigem reformulação ou explicação mais minuciosa. Em primeiro lugar, a incurável ignorância de todos, a que me refiro, é a ignorância de fatos particulares que são ou serão conhecidos por alguém e, portanto, afetarão toda a estrutura da sociedade. Essa estrutura de atividades humanas adapta-se constantemente — e funciona através dessa adaptação — a milhões de fatos que, na sua totalidade, ninguém conhece. A importância desse processo é óbvia sobretudo no campo econômico, onde foi destacada pela primeira vez. Como já foi dito, 'a vida econômica de uma sociedade não socialista consiste em milhões de relações ou intercâmbios entre diferentes empresas e lares. Podemos traçar alguns teoremas a seu respeito, mas jamais observá-los todos[9]. A percepção da dimensão de nossa ignorância institucional na esfera econômica, e dos métodos pelos quais aprendemos a superar esse obstáculo, foi na verdade o ponto de partida[10] das ideias que, neste livro, são aplicadas sistematicamente a um campo muito mais amplo. Uma de nossas principais teses será que a maioria das

---

8 8Ver F. A. Hayek, The Constitution of Liberty (Londres e Chicago, 1960), especialmente o cap. 2 Os fundamentos da liberdade (São Paulo e Brasília, 1983).

9 J. A. Schumpeter, *Hisíory of Economic Analysis* (Nova Iorque, 1954), página 241.

10 Ver minhas conferências sobre 'Economics and knowledge' (1936) e The use of knowledge in society' (1945), ambas reeditadas em F. A. Hayek, *Individualism and Economic Order* (Londres e Chicago, 1948).

normas de conduta que orientam nossas ações e a maioria das instituições decorrentes de tal orientação constituem ajustamentos à impossibilidade em que se encontra qualquer pessoa de considerar conscientemente todos os fatos particulares que integram a ordem da sociedade. Veremos, em especial, que a possibilidade de justiça repousa nessa limitação necessária do nosso conhecimento factual e qúe a compreensão da natureza da justiça fica, portanto, vetada a todos aqueles construtivistas que costumam argumentar tendo por pressuposto a onisciência.

Outra consequência desse fato básico, que devemos enfatizar, é que só nos pequenos grupos característicos da sociedade primitiva a colaboração entre os membros pode basear-se em geral na circunstância de que, a qualquer momento, eles conhecerão mais ou menos as mesmas circunstâncias particulares. Alguns homens sábios podem ser mais capazes de interpretar as circunstâncias imediatamente percebidas ou de recordar coisas de lugares remotos, desconhecidas pelos demais. Mas os eventos concretos com que os indivíduos se defrontam em suas atividades diárias serão bastante semelhantes para todos, e estes agirão em conjunto porque os eventos que conhecem e os objetivos a que visam são mais ou menos os mesmos.

A situação é inteiramente diversa na Grande Sociedade[11], ou Sociedade Aberta, onde milhões de homens interagem e a civilização, tal

11 A expressão 'a Grande Sociedade', que empregaremos freqüentemente com o mesmo sentido em que empregaremos a expressão de Sir Karl Popper, 'a Sociedade Aberta', já era, é claro, corrente no século XVIII [ver, por exemplo, Richard Cumberland, *A Treatise on the Law of Nature* (Londres, 1727), cap. 8, seção 9, bem como Adam Smith e Rousscau] e em nosso século foi ressuscitada por Graham Wallas, que a usou como título em um de seus livros [The Great Society (Londres e Nova Iorque, 1920)]. Provavelmente

como a conhecemos, se desenvolveu. De há muito a ciência econômica enfatiza a 'divisão do trabalho' decorrente dessa situação. Entretanto enfatizou muito menos a fragmentação do conhecimento, o fato de que cada membro da sociedade pode deter somente uma pequena parcela do conhecimento comum a todos e de que cada um, por conseguinte, desconhece a maioria dos fatos sobre os quais se baseia o funcionamento da sociedade. No entanto, é a utilização de um conhecimento muito maior do que alguém teria condições de possuir — e, portanto, o fato de mover-se um indivíduo no âmbito de uma estrutura coerente, cujos determinantes são em sua maioria por ele desconhecidos — que constitui o traço distintivo de todas as civilizações avançadas.

Na sociedade civilizada, na verdade, não é tanto o maior conhecimento que o indivíduo possa adquirir, mas o maior benefício que obtém do conhecimento de outros, o que determina sua capacidade de buscar uma multiplicidade de objetivos infinitamente mais ampla do que a mera satisfação de suas necessidades físicas mais prementes. De fato, um indivíduo 'civilizado' pode ser muito ignorante, mais ignorante do que muitos selvagens, e ainda assim beneficiar-se enormemente da civilização em que vive.

O erro característico dos racionalistas construtivistas a esse respeito é tenderem a fundamentar sua argumentação no que foi chamado de ilusão sinótica seja, na ficção de que todos os fatos relevantes são conhecidos por alguma mente e que é possível construir, a partir desse conhecimento dos fatos particulares, uma ordem social desejável. Às vezes essa ilusão é expressa com tocante ingenuidade pelos entusiastas de uma sociedade

---

não perdeu sua adequação em decorrência de ter sido usada como slogan político por um recente governo dos EUA.

deliberadamente planejada, como ocorre quando um deles sonha com o desenvolvimento da 'arte do pensamento simultâneo: a capacidade de considerar ao mesmo tempo um número imenso de fenômenos correlatos e de compor num único quadro os atributos qualitativos e quantitativos desses fenômenos'[12] Parecem ignorar por completo que esse sonho simplesmente deixa de levar em conta o problema central suscitado por toda tentativa de compreender ou moldar a ordem da sociedade: nossa incapacidade de reunir num conjunto passível de uma visão geral todos os dados que integram a ordem social. No entanto, os que ficam fascinados com os belos planos resultantes dessa abordagem, todos 'tão organizados, tão visíveis, tão fáceis de entender''[13], são vítimas da ilusão sinótica e esquecem que tais planos devem sua aparente clareza à indiferença do planejador para com todos os fatos que ele desconhece.

Conhecimento factual e ciência.

A principal razão por que o homem moderno se tornou tão relutante em admitir que as limitações impostas ao seu conhecimento por sua constituição mental formam uma permanente barreira à possibilidade da construção racional da totalidade da sociedade é a sua confiança irrestrita nos poderes da ciência. Tanto ouvimos falar do rápido progresso do conhecimento científico, que passamos a supor que todas as simples limitações do conhecimento estão logo fadadas a desaparecer. Essa

---

12 Lewis Mumford, em sua introdução a F. Mackenzie (ed.), *Planned Society* (Nova Iorque, 1937), página vii: 'Precisamos ainda desenvolver o que Patrick Geddes chamava às vezes de a arte do pensamento simultâneo: a capacidade de considerar ao mesmo tempo um grande número de fenômenos correlatos e de compor num único quadro os atributos qualitativos e quantitativos desses fenômenos'.

13 jane Jacobs, The Death and Life of Great American Cities (Nova Iorque, 1961).

confiança deriva, porém, de um equívoco quanto aos deveres e poderes da ciência, ou seja, da falsa ideia de que a ciência é um método de averiguar fatos particulares e de que o progresso de suas técnicas nos permitirá determinar e manipular todos os fatos particulares que possamos desejar.

Em certo sentido, a afirmativa de que nossa civilização se baseia na subjugação da ignorância é, obviamente, mero lugar comum. Contudo, a própria familiaridade com essa ideia tende a nos ocultar o que ela encerra de mais importante, ou seja, que a civilização se funda no fato de nos beneficiarmos todos de conhecimento que não possuímos. E uma das maneiras por que a civilização nos ajuda a superar esse limite da extensão do conhecimento individual é a subjugação da ignorância, não mediante a aquisição de mais conhecimento, mas mediante a utilização do conhecimento que está e permanece amplamente disperso entre os indivíduos. A limitação do conhecimento de que estamos tratando não constitui, portanto, uma limitação que a ciência possa superar. Ao contrário do que em geral se pensa hoje, a ciência não consiste no conhecimento de fatos particulares; e, em casos de fenômenos muito complexos, seus poderes são também limitados pela impossibilidade prática de se averiguarem todos os fatos particulares que precisaríamos conhecer para que as teorias científicas pudessem conferir-nos o poder de prever eventos específicos. O estudo dos fenômenos relativamente simples do mundo físico — onde a ciência demonstrou ser possível enunciar as relações determinantes como funções de algumas variáveis, facilmente constatáveis em casos específicos, e onde, por conseguinte, tornou-se

possível o progresso estarrecedor das disciplinas que deles tratam — criou a ilusão de que, brevemente, o mesmo será verdade no que diz respeito a fenômenos mais complexos. Mas nem a ciência nem qualquer técnica conhecida[14] nos permite superar o fato de que mente alguma, e, portanto, nenhuma ação deliberadamente orientada, pode levar em conta todos os fatos específicos conhecidos por alguns homens mas não conhecidos, em sua totalidade, por ninguém em particular.

De fato, em seu empenho por explicar e prever eventos específicos, o que faz com tanto êxito no caso de fenômenos relativamente simples (ou nos casos em que pode, pelo menos aproximadamente, isolar 'sistemas fechados' de relativa simplicidade), a ciência defronta-se com a mesma barreira de ignorância factual quando se trata de aplicar suas teorias a fenômenos muito complexos. Em alguns campos desenvolveu teorias importantes que nos propiciam grande compreensão do caráter geral de certos fenômenos, mas nunca produzirá previsões de acontecimentos particulares, ou uma explicação completa — simplesmente porque nunca poderemos conhecer todos os fatos particulares que, segundo essas teorias, precisaríamos conhecer para chegar a tais conclusões concretas. O melhor exemplo disso é a teoria darwinista (ou neodarwinista) da evolução dos organismos biológicos. Se fosse possível determinar a verdade dos fatos particulares do passado que atuaram na seleção das formas particulares que emergiram, ela proporcionaria a explicação completa da estrutura dos

14 Dado o entusiasmo acrítico pelos computadores, que hoje observamos, talvez seja aconselhável mencionar que, por maior que seja seu poder de digerir os fatos com que foram alimentados, eles não nos ajudam a descobrí-los.

organismos existentes; e, do mesmo modo, se fosse possível averiguar todos os fatos particulares que atuarão sobre eles ao longo de um período futuro, ela nos deveria permitir prever a evolução futura. Mas, é claro, nunca seremos capazes nem de uma nem de outra coisa, porque a ciência não possui meio algum para apurar todos os fatos particulares que precisaria dominar para realizar tal façanha.

Há outro equívoco, a este relacionado, quanto ao objetivo e ao poder da ciência, que também é útil mencionar agora. Trata-se da ideia de que a ciência se ocupa exclusivamente do que é, e não do que poderia ser. Mas o valor da ciência consiste sobretudo em dizermos o que aconteceria caso alguns fatos fossem diferentes do que são. Todas as afirmações da ciência teórica têm a forma de enunciado do tipo 'se ..., então' e são interessantes principalmente na medida em que as condições que inserimos na cláusula 'se' diferem das que de fato existem.

Talvez em nenhum campo esse equívoco tenha sido tão significativo quanto no da ciência política onde se tornou, ao que tudo indica, um obstáculo ao exame judicioso dos problemas efetivamente relevantes. Nessa área, a ideia de que a ciência é simplesmente uma coleção de fatos observados fez com que a pesquisa se restringisse à averiguação daquilo que existe. Quando, na realidade, o valor maior de toda ciência consiste em dizer-nos quais seriam as consequências caso as condições, sob alguns aspectos, se tornassem diferentes do que são.

O fato de um número crescente de cientistas sociais restringir-se ao estudo do que existe em alguma parte do sistema social não torna suas conclusões mais realistas: torna-as, sim, amplamente irrelevantes para a maioria das decisões relativas ao futuro. A ciência social fecunda deve ser, em medida muito ampla, um estudo daquilo que não existe: uma construção de modelos hipotéticos de mundos possíveis, que poderiam existir se algumas das condições alteráveis fossem modificadas. Precisamos de uma teoria científica principalmente para nos dizer quais seriam os efeitos se algumas condições fossem diferentes do que foram antes. Todo conhecimento cientifico é conhecimento não de fatos particulares, mas de hipóteses que, até o momento, resistiram às tentativas sistemáticas de refutá-las.

A evolução concomitante da mente e da sociedade: o papel das normas

Os erros do racionalismo construtivista estão estreitamente relacionados com o dualismo cartesiano, ou seja, com a concepção de uma mente de existência independente, que paira fora da ordem da natureza e que permitiu ao homem, dotado de tal mente desde o início, planejar as instituições da sociedade e da cultura entre as quais vive. A verdade, sem dúvida, é que essa mente é uma adaptação ao meio natural e social em que o homem vive, tendo-se desenvolvido em constante interação com as instituições que determinam a estrutura da sociedade. A mente é não só produto do meio social em que evoluiu, e que não construiu, como também atuou, por sua vez, sobre essas instituições, alterando-as. Resulta de ter o homem se desenvolvido em sociedade e adquirido os hábitos e práticas que aumentaram as possibilidades de sobrevivência do seu grupo. A ideia de uma mente já de todo desenvolvida a planejar as instituições que tornaram possível a vida em sociedade é contrária a tudo o que sabemos sobre a evolução do homem.

A herança cultural em meio à qual o homem nasce consiste num complexo de práticas ou normas de conduta que preponderaram porque levaram determinado grupo ao êxito, mas cuja adoção não resultou de se saber que teriam efeitos desejados homem agiu antes de pensar, e não entendeu antes de agir. Aquilo a que chamamos entendimento é, em última análise, simplesmente sua capacidade de reagir ao seu meio com um conjunto de ações que o ajuda a subsistir. Essa é a parcela ínfima de verdade contida no behaviorismo e no pragmatismo, doutrinas que, no entanto,

fizeram uma supersimplificação tão grosseira das relações determinantes, que se tornaram mais um obstáculo que um recurso para a compreensão das mesmas.

'Aprender a partir da experiência', entre homens não menos que entre animais, não é um processo essencialmente de raciocínio, mas de observância, disseminação, transmissão e aperfeiçoamento de práticas que se impuseram porque deram bom resultado — em geral não porque propiciaram algum benefício identificável ao indivíduo que agia, mas porque aumentaram as possibilidades de sobrevivência do grupo a que este pertencia[15]. O resultado desse processo não será, numa primeira etapa, o

---

15 Ver A. M. Carr-Saunders, *The Population Problem: A Study in Human Evolution* (Oxford, 1922), página 223:
O indivíduo e os grupos humanos passam por um processo de seleção natural segundo os costumes que praticam, assim como segundo suas características físicas e mentais. Os grupos que observam os costumes mais profícuos estarão em melhores condições na luta constante entre grupos vizinhos que os que observam costumes menos profícuos. Entre os costumes mais profícuos estão os que limitam a um número desejável os integrantes de um grupo, e não é difícil entender por que — qualquer desses três costumes [aborto, infanticídio, abstenção sexual], uma vez originado, passaria, por um processo de seleção natural, a ser praticado de tal modo que produziria uma aproximação do número desejável.
Uma notável exposição da idéia básica encontra-se em dois ensaios de W. K. Clifford: *'On the scientific basis of morals'* (1873) e *'Right and wrong: the scientific ground of their distinction'* (1875), ambos reeditados em W. K. Clifford, *Lectures and Essays* (Londres, 1879), vol. 2, especialmente páginas 112-21 e 169-72, dos quais só podemos citar aqui algumas das passagens mais relevantes:

> A adaptação dos meios a um fim pode produzir-se de duas maneiras hoje conhecidas: pelo processo de seleção natural e pela intervenção de uma inteligência em que uma imagem ou idéia do fim precedeu o uso dos meios. Em ambos os casos, a existência de adaptação é explicada pela necessidade ou pela utilidade do fim. Parece-me conveniente usar a palavra propósito (purpose) para designar de uma maneira geral o fim a que certos meios se adaptam, tanto nestes dois casos quanto em quaisquer outros que venham a ser conhecidos, com a única condição de que a adaptação seja explicada pela necessidade do fim. E não parece haver objeção ao uso da expressão 'causa final' neste sentido mais amplo, caso se insista em seu uso. A palavra 'intenção' ('design') poderia, pois, ser reservada para o caso especial da adaptação por meio da inteligência. Poderemos então dizer que, a partir do momento em que o processo de seleção natural foi compreendido, o termo propósito deixou de sugerir a idéia de intenção às pessoas instruídas, exceto nos casos em que a intervenção dos homens é provável [página 117]. Em geral sobreviveram as tribos em que a consciência aprovava as ações que levavam ao aprimoramento do caráter dos homens enquanto cidadãos e, portanto, à sobrevivência da tribo. Por essa razão a consciência moral do indivíduo, embora fundada na experiência da tribo, é puramente intuitiva:

conhecimento explícito, mas um conhecimento que, embora possa ser expresso na forma de normas, o indivíduo não é capaz de enunciar, sendo apenas capaz de observá-lo na prática que caracteriza a mente não é tanto o fazer normas, mas o consistir em normas de ação, ou seja, num complexo de normas que ela não criou, mas que passou a governar as ações dos indivíduos porque as ações realizadas em conformidade com elas alcançaram resultados melhores do que aquelas de indivíduos ou grupos concorrentes[16].

No início não há distinção entre as práticas que é preciso observar para alcançar determinado resultado e aquelas que se tem o dever de observar. Há apenas uma maneira estabelecida de fazer as coisas e não há distinção entre conhecimento de causa e efeito e conhecimento da forma de agir adequada ou lícita. O conhecimento do mundo é conhecimento do que se deve ou não fazer em certos tipos de circunstância. E, para evitar o

---

> a consciência não apresenta razões [página 119]. Nosso senso de certo e errado deriva da ordem que podemos observar [página 121; o grifo é meu].

16 Ver A. M. Carr-Saunders, *op. cit.* página 302: As características mentais são adaptadas à totalidade do meio constituído pelos costumes [em contraposição ao meio físico). Os homens passam por um processo de seleção segundo as necessidades da organização social e, dado que os costumes se tornam cada vez mais numerosos, também segundo a capacidade de assimilá-los'; ver também Peter Farb, *Man's Rise to Civilization* (Nova Iorque, 1968), página 13:

> As sociedades, para chegar a seus vários estilos de vida, não fazem escolhas conscientes. Fazem, ao contrário, adaptações inconscientes. Nem todas as sociedades se veem face ao mesmo conjunto de condições ambientais, assim como nem todas se encontram no mesmo estágio quando essas opções se apresentam. Por diversas razões, algumas sociedades se adaptam às condições de determinada maneira, algumas, de maneira diferente, e outras não se adaptam em absoluto. A adaptação não ê uma escolha consciente, e as pessoas que constituem uma sociedade não compreendem plenamente o que fazem; sabem apenas que determinada escolha é eficaz, ainda que possa parecer estranha a observadores externos. Ver também Alexander Alland, Jr, *Evolution and Human Behavior* (Nova Iorque, 1967).

perigo, é tão importante saber o que nunca se deve fazer quanto saber o que se deve fazer para chegar a determinado resultado.

Essas normas de conduta não se desenvolveram, portanto, como condições julgadas necessárias para a consecução de uma finalidade conhecida; ao contrário, evoluíram porque os grupos que as praticavam lograram melhores resultados e suplantaram os demais. Eram normas que, dado o meio em que o homem vivia, asseguravam a sobrevivência de um maior número de grupos ou de indivíduos que as praticassem. O problema de conduzir-se o homem com êxito num mundo que só conhecia parcialmente foi, assim, resolvido por sua adesão a normas que lhe tinham sido úteis, mas que ele não sabia nem podia saber que eram verdadeiras no sentido cartesiano.

Essas normas governam a conduta humana — e que a fazem parecer norteada pelo entendimento — têm, assim, dois atributos que haveremos de enfatizar ao longo de todo este livro, uma vez que a perspectiva construtivista nega implicitamente que a observância das mesmas possa ser racional. É claro que nas sociedades avançadas somente algumas normas serão desse tipo; o que desejamos enfatizar é apenas que tais sociedades também deverão sua ordem, em parte, a algumas normas como essas.

O primeiro desses atributos, que a maioria das normas de conduta possuía originalmente, é que são observadas na prática sem serem conhecidas, pela pessoa que age, sob uma forma expressa ('verbalizada' ou explícita). Elas se manifestarão numa regularidade de ação que pode ser

explicitamente identificada, mas que não resulta da capacidade que tenham os agentes de enunciá-las. O Segundo atributo é que essas normas passam a ser observadas porque de fato dão ao grupo em que são postas em prática uma força maior, e não porque esse efeito seja conhecido por aqueles que são por elas orientados. Conquanto tais normas passem a ter aceitação geral pelo fato de sua observância produzir certas consequências, elas não são observadas com a intenção de produzir tais consequências — as quais o agente não precisa conhecer.

Não podemos considerar aqui a difícil questão de como podem os homens aprender uns com os outros, através do exemplo, da imitação (ou 'por analogia'), essas normas de conduta — com frequência altamente abstratas —, embora nem os que servem de exemplo nem os que deles aprendem possam ter consciência da existência dessas normas, a que, não obstante, obedecem estritamente. Este é um problema que observamos mais de perto no aprendizado da linguagem pelas crianças, capazes muitas vezes de compor corretamente expressões de grande complexidade que nunca ouviram antes[17], mas que também ocorre em domínios como o da conduta, da moral e do direito e na execução de muitas tarefas, em que somos orientados por normas que sabemos observar, mas somos incapazes de verbalizar.

---

17 A observação decisiva, enfatizada pela primeira vez neste século por Otto Jespersen em Language, Its *Nature, Development and Origin* (Londres, 1922), página 130, já fora mencionada por Adam Ferguson em *Principies of Moral and Political Science* (Edimburgo, 1792), vol. 1, página 7: 'A bela analogia da expressão, em que se fundam as regras da gramática, é agradável ao intelecto humano. As crianças se deixam freqüentemente enganar, seguindo a analogia quando o uso na realidade dela se afasta. Assim, um menininho, indagado sobre como obtivera seu brinquedo, disse: Father buyed it for me.

O importante é que todo homem, tendo sido criado numa determinada cultura, perceberá ser portador de normas ou poderá descobrir que age de acordo com normas — e, do mesmo modo, reconhecerá estarem as ações dos demais em conformidade ou não com normas. Obviamente isso não prova que estas sejam uma parte permanente e inalterável da 'natureza humana', ou que sejam inatas; prova apenas que fazem parte de uma herança cultural que tende a ser relativamente constante, sobretudo na medida em que não são verbalizadas e, portanto, tampouco são questionadas ou analisadas.

A falsa dicotomia entre 'natural' e 'artificial'

A discussão dos problemas de que estamos tratando foi por muito tempo dificultada pela aceitação universal de uma distinção enganosa, introduzida pelos gregos antigos, e de cujo efeito perturbador ainda não nos libertamos inteiramente. Trata-se da divisão dos fenômenos entre os que, na linguagem moderna, são ditos 'naturais' e aqueles ditos 'artificiais'. Os termos gregos originais, que parecem ter sido introduzidos pelos sofistas do século V a.C., eram *physei*, que significa 'por natureza', e, em contraposição, *nomó*, melhor traduzido como 'por convenção', ou *thesei*, que significa aproximadamente 'por decisão deliberada'[18]. O uso de dois termos com significados um tanto diferentes para expressar a segunda parte da divisão denota a confusão que, desde aquela época, tomou conta de todo o debate. Tal distinção poderia ser traçada tanto entre objetos que existissem

---

18 Ver F. Heinimann, *Nomos and Physis* (Basiléia, 1945); John Burnet, *'Law and nature in Greek ethics*', *Internationa Journal of Ethics*, vii, 1893, e *Early Greek Philosophy*, quarta edição (Londres, 1930), página 9; e particularmente Karl R. Popper, *The Open Society and Its Enemies* (Londres e Princeton, 1945 e edições posteriores), especialmente cap. 5.

independentemente e objetos que fossem resultado de ação humana, quanto entre objetos que teriam surgido independentemente de intenção humana e aqueles que teriam surgido em decorrência desta. A ausência de distinção entre esses dois significados ocasionou uma situação que permitia a um autor afirmar que determinado fenômeno era artificial porque resultava de ação humana, enquanto outro autor podia qualificar o mesmo fenômeno como natural porque, evidentemente, não resultava de intenção humana. Só no século XVIII pensadores como Bernard Mandeville e David Hume esclareceram que existia uma categoria de fenômenos que, dependendo da definição escolhida, pertenceriam a uma ou outra das duas categorias, devendo portanto ser incluídos numa terceira classe de fenômenos, mais tarde descritos por Adam Ferguson como 'resultado de ação humana, mas não de intenção humana'[19]. Foram estes os fenômenos cuja explicação exigiu um corpo distinto de teoria e que vieram a constituir o objeto das ciências' sociais teóricas.

Porém, nos mais de dois mil anos em que dominou quase inconteste o pensamento, a dicotomia introduzida pelos gregos antigos penetrou profundamente nos conceitos e na linguagem. No século II d.C. um

---

19 Adam Ferguson, *An Essay on lhe History of Civil Society* (Londres, 1767), página 187: 'As nações deparam com instituições, que são de fato resultado da ação humana, mas não a realização de qualquer intenção humana'. Duncan Forbes, responsável por recente reedição desta obra (Edimburgo, 1966), página xxiv, observa no prefácio que:

> Ferguson, assim como Smith, Millar e outros (mas não Hume [?]), considerou desnecessários os 'Legisladores e Fundadores de estados', uma superstição que, segundo Durkheim, entravou o desenvolvimento da ciência social mais que qualquer outra coisa, e que pode ser encontrada até em Montesquieu.(...) O mito do Legislador floresceu no século XVIII, por diversas razões, e sua destruição talvez tenha sido o *coup* mais original e ousado da ciência social do Iluminismo escocês.

gramático latino. Aulo Gélio, traduziu os termos gregos *physei* e *thesei* por *naturalis* e *positivus* dos quais muitas línguas europeias derivaram a designação dos dois tipos de direito[20].

Posteriormente, graças a um promissor aprofundamento da discussão dessas questões levado a cabo pelos escolásticos medievais, chegou-se mais perto de um reconhecimento da categoria intermediária de fenômenos 'resultantes de ação humana, mas não de intenção humana'. No século XII, alguns desses autores tinham começado a classificar como *naturalis* tudo que não fosse resultado invenção humana ou uma criação intencional[21] com o correr do tempo, reconheceu-se cada vez mais que muitos fenômenos sociais se incluíam nessa categoria. De fato, na discussão dos problemas da sociedade pelos últimos escolásticos, os jesuítas espanhóis do século XVI, *naturalis* tornou-se um termo técnico para designar fenômenos sociais A que não fossem deliberadamente moldados pela vontade humana. Na obra de um deles, Luis Molina, explica-se, por exemplo, que o 'preço natural' tem essa denominação porque 'resulta da própria coifa; sem relação com leis e decretos, mas depende de muitas circunstâncias que o alteram, tais como os sentimentos dos homens, sua estimativa dos seus diferentes usos, frequentemente até em decorrência de

---

20 Ver Sten Gagnèr, *Studien zur Jdeengeschichie der Gesetzgebung* (Uppsala, 1960), páginas 208 e 242. Pareceria assim que toda a confusão presente na disputa entre o positivismo jurídico e as teorias do direito natural remonta diretamente à falsa dicotomia aqui discutida.

21 Ver *ibid.t* página 231, sobre Guillaume de Conches e particularmente sua afirmação: 'Et est positiva que est ab hominibus inventa ut suspensio latronis. Naturalis vero que non est homine inventa'.

caprichos e prazeres'[22]. De fato, esses nossos ancestrais pensavam e 'agiam sob a forte convicção da ignorância e da falibilidade humanas[23], por exemplo, argumentavam que o 'preço matemático' exato pelo qual um artigo podia ser justamente vendido era conhecido apenas por Deus, visto que dependia de maior número de circunstâncias do que qualquer homem podia conhecer, e que, portanto, a determinação do 'preço justo' devia ser deixada ao mercado[24].

Esse início de uma abordagem evolucionista, porém, foi sufocado nos séculos XVI e XVII pela ascensão do racionalismo construtivista e, em consequência, os termos razão e direito natural mudaram completamente de significado. 'Razão', que compreendera a capacidade da mente de distinguir entre o bem e o mal, ou seja, entre o que estava ou não de acordo com normas estabelecidas[25] passou a significar a capacidade de construir

---

22 Luis Molina, *De iustitia et iure* (Colônia, 1596-1600), tomo 11, parte 347, nº 3: *'naturale dicitur, quoniam et ipsis rebus, seclusa quacumque humana lege et decreto consurgit, dependetur tamen ab multiis circumstantiis, quibus variatur, atque ab hominum affectu, ac aestimatione, comparatione diversum usum, interdum pro solo hominum beneplácito et arbítrio'.* Sobre Molina, ver Wilhelm Weber, *Wirtschaftsethik am Vorabend des Liberalismus* (Münster, 1959); e W. S. Joyce, *'The economic of Louis Molina'* (1948), tese de doutorado, inédita, Harvard University.

23 Edmurd Burke, *Reflections on the Revolution in France,* em *Works* (Londres, 1808), vol. 5, página 437

24 Johannes de Lugo, *Disputationum de iustitia et iure tomus secundus* (Lyon, 1642), parte 26, seção 4, nº 40: *'incertitudo ergo nostra circa pretium iusstum Mathematicum (...) provenit ex Deo, quod non sciamus determinare'*; ver também Joseph Hoffner, *Wirtschaftsethik und Monopole im fünfzehnten und sechzehnten Jahrhundert* (Iena, 1941), páginas 114-15.

25 Como bem o sabia John Locke. Ver seus Essays on the Law of Ncture (1676), cd. W. ^)von Leyden (Oxford, 1954):

> For razão (...) não penso que se esteja referindo aqui àquela faculdade do entendimento que forma cadeias de pensamentos e deduz provas, mas a certos princípios definidos de ação, dos quais emanam todas as virtudes e tudo que é necessário para a formação adequada da moral (...)

tais normas por dedução a partir de premissas explícitas. O conceito de direito natural foi assim transformado no conceito de um 'direito fundado na razão', e, portanto, quase no oposto do que significara. Esse novo direito natural racionalista, de Grotius e seus sucessores[26], tinha de fato como ponto comum com seus antagonistas positivistas a concepção de que toda lei era produzida pela razão ou podia, pelo menos, ser por esta plenamente justificada, dela diferindo apenas no pressuposto de que a lei pudesse ser logicamente deduzida de premissas a priori, enquanto o positivismo a considerava uma construção intencional, fundada em conhecimento empírico de suas consequências sobre a realização de objetivos humanos desejáveis.

A ascensão da perspectiva evolucionista

Depois do retrocesso cartesiano ao pensamento antropomórfico no tocante a essas questões, um novo avanço foi realizado por Bernard Mandeville e David Hume. Provavelmente estes pensadores se inspiraram mais na tradição do direito consuetudinário inglês, especialmente na interpretação

---

é próprio da razão não tanto estabelecer e expressar esse direito natural, mas procurá-lo e descobri-lo (...) Do mesmo modo ela é menos a criadora que a intérprete desse direito.

26 Ver Joseph Kohler, 'Die spanische Naturrechtslehre des 16. und 17. Jahrhunderts', *Archiv für Rechts — und Wirtschaftsphilosophie*, X, 1916—17, especialmente página 235; e particularmente A. P. D'Entreves, *Natural Law* (Londres, 1951), páginas 51 *et seq.,* e a observação na página 56 sobre 'como de repente nos vemos face a uma doutrina que passa deliberadamente a interpretar a sociedade civil como fruto de um ato de vontade intencional de seus integrantes'. Ver também John C. H. Wu, 'Natural law and our common law', *Fordham Law Review,* XXIII, 1954, 21-2: 'As modernas filosofias especulativas e racionalistas do Direito Natural são aberrações da boa tradição escolástica. (...) Procedem *more geometrico'*.

de Matthew Hale, do que no direito natural[27]. Começou-se a perceber cada vez mais que, nas relações humanas, a formação de estruturas regulares que não eram o objetivo consciente de ações humanas trazia à tona um problema que exigia a elaboração de uma teoria social sistemática. Essa elaboração foi efetuada na segunda metade do século XVIII no campo da economia pelos filósofos da moral escoceses, liderados, por Adam Smith e Adam Ferguson. Por outro lado, suas implicações para a teoria política foram magnificamente formuladas pelo grande vidente Edmund Burke, em cuja obra, porém, procuraremos em vão uma teoria sistemática. Mas, enquanto na Inglaterra esse processo sofria novo golpe com a intrusão do construtivismo na forma do utilitarismo benthamista[28], na Europa continental ele ganhava nova vitalidade com as 'escolas históricas' de linguística e de direito[29]. Depois que os filósofos escoceses deram os primeiros passos, a elaboração sistemática da abordagem evolucionista com relação aos fenômenos sociais foi realizada sobretudo na Alemanha, por

---

27 Sobre Matthew Hale ver em particular J. G. A. Pocock, *The Ancient Constitution and the Feudal law* (Cambridge, 1957), cap. 7

28 Ver a significativa observação de J. M. Guyau, La morale anglaise contemporaine (Paris, 1879), página 5:

> Les disciples de Bentham comparent leur maltre à Descartes. 'Donnez-moi la matière et le mouvement' disait Descartes, 'et je ferai le monde'; mais Descartes ne parlait que du monde physique, oeuvre inerte et insensible. (...) 'Donnez-moi', peut dire à son tour Bentham, 'donnez-moi les affections humaines, la joie et la douleur, la peine et le plaisir, et je créerai un monde moral. Je produirai non seulement la justice, mais encore la generosité, le patriotisme, la philantropie, et toutes les vertues aimables ou sublimes dans Icur pureté et leur exaltation.

29 Quanto à influência indireta de Edmund Burke sobre a escola histórica alemã, através dos acadêmicos de Hannover Ernst Brandes e A. W. Rehberg, ver H. Ahrens, *Die Rechtphilosophie oder das Naturrecht*, quarta edição (Viena, 1852), página 64, primeira edição francesa (Paris, 1838), página 54; e mais recentemente Gunnar Rexius, 'Studien zur Staatslehre der historischen Schule', *Historische Zeitschrift*, CVII, 1911; Frieda Braun, *Edmund Burke in Deutschland* (Heidelberg, 1917); e Klaus Epstein, *The Genes is of German Conservatism* (Princeton, .1966).

Wilhelm von Humboldt e F.C. von Savigny. Não podemos aqui examinar essa evolução no campo da linguística, embora esse tenha sido por muito tempo o único campo, fora da ciência econômica, em que se chegou a uma teoria coerente; e o grau em que, desde os romanos, a teoria do direito foi fecundada por concepções tomadas de empréstimo aos gramáticos merece ser melhor compreendidos[30]. Nas ciências sociais, foi através do seguidor de Savigny, Sir Henry Maine[31], que a abordagem evolucionista se reintroduziu na tradição inglesa. E, no grande levantamento dos métodos das ciências sociais efetuado em 1883 pelo fundador da Escola Austríaca de economia, Carl Menger, o lugar central ocupado pelo problema da formação espontânea de instituições e seu caráter genético, em todas as ciências sociais, teve a mais completa reafirmação na Europa continental. Nos últimos tempos essa tradição. Foi desenvolvida de forma mais fecunda no campo da antropologia cultural qual pelo menos algumas figuras de destaque têm plena consciência dessa genealogia[32].

Como o conceito de evolução desempenhará papel central no decorrer de nossa análise, é importante esclarecer alguns equívocos que ultimamente tornaram os estudiosos da sociedade relutantes em utilizá-lo. O primeiro é a ideia errônea de ser este um conceito que as ciências sociais tomaram

---

30 Ver Peter Stein, *Regulae Júris* (Edimburgo, 1966), cap. 3.

31 Ver Paul Vinogradoff, *The Teaching of Sir Henry Maine* (Londres, 1904), página 8: 'Ele [Maine] abordou o estudo do direito principalmente sob a influência da escola alemã de jurisprudência histórica, que se formara em torno de Savjgny e Eichhorn. As dissertações contidas em *Ancient Law* sobre testamento, contrato, propriedade, etc., não deixam dúvida quanto à sua grande dependência das obras dc Savigny e Puchta".

32 Sobre as raízes da antropologia social na obra dos filósofos sociais e do direito dos séculos XVIII e XIX, ver E. E. Evans-Pritchard, *Social Anlhropology* (Londres, 1915), página 23; e Max Gluckman, *Politics, Law and Ritual in Tribal Society* (Nova Iorque, 1965), página 17.

emprestado da biologia. O que de fato ocorreu foi o contrário, e, se Charles Darwin conseguiu aplicar à biologia um conceito que em grande parte aprendera das ciências sociais, isso não o torna menos importante em seu campo de origem. Foi na análise de formações sociais como a língua e a moral, o direito, e a moeda que, no século XVIII, os conceitos similares de evolução e formação espontânea de uma ordem foram por fim claramente formulados, fornecendo as ferramentas intelectuais que Darwin e seus contemporâneos conseguiram aplicar à evolução biológica. Esses filósofos da moral do século XVIII e as escolas históricas do direito e da língua bem poderiam ser denominados — como alguns teóricos da língua do século XIX de fato se intitularam — darwinistas antes de Darwin[33].

---

33 Além de estudos recentes como J. W. Burrow, Evolution and Society: A Study in Victorian Social Theory (Cambridge, 1966); Bentley Glass (ed.), Forerunners of Darwin (Baltimore, 1959); M. Banton (ed.), Darwinism and the Study of Society (Londres, 1961); Betty J. Meggers (editora da Anthropological Society of Washington), Evolution and Anlhropology: A Centennial Appraisal (Washington, 1959); e C. C. Gillispie, Genesis and Geology (Cambridge, Mass., 1951), ver em particular, quanto à influência de David Hume sobre o avô de Charles Darwin, Erasmus Darwin, H. F. Osborn, From the Greeks to Darwin, segunda edição (Nova Iorque, 1929), página 217; F. C. Haber em Bentley Glass (ed.), op. cit., página 251; sobre o fato de que os três descobridores independentes da teoria da evolução. Charles Darwin, Alfred Russell Wallace e Herbert Spencer, se terem inspirado na teoria social, ver J. Arthur Thompson, 'Darwin's predecessors', em A. C. Seward (ed.) Darwin and Modem Science (Cambridge, 1909), página 19; e sobre Darwin em particular, ver E. Radl, Geschichte der biologischen Theorien, II (Leipzig, 1909), página 121.

Ver também C. S. Peirce, 'Evolutionary love' (1893), reeditado em seus Collected Papers, editados por C. Hartshorn e P. Weiss (Cambridge, Mass., 1935), vol. 6, página 293: 'A origem das espécies, de Darwin, simplesmente aplica ideias político-econômicas de progresso a todo o reino da vida animal e vegetal'. Essa posição em seu conjunto foi bem sintetizada por Simon N. Patten, The Development of English Thought (Nova Iorque, 1899), página XXIII: 'Assim como Adam Smith foi o último filósofo da moral e o primeiro economista, Darwin foi o último economista e o primeiro biólogo'. Duas conhecidas passagens de Sir Frederick Pollock merecem também ser citadas, a primeira de Oxford Lectures and Other Discourses (Londres, 1890), página 41:

> A doutrina da evolução nada mais é que o método histórico aplicado aos fatos da natureza; o método histórico nada mais é que a doutrina da evolução aplicada às sociedades e instituições humanas. Ao criar a filosofia da história natural (pois não merece titulo menor a ideia que transformou o conhecimento da natureza orgânica de uma infinidade de fragmentos em um todo continuo). Charles Darwin trabalhava no mesmo espírito e visando ao mesmo fim que os grandes estudiosos do direito público, que, tão pouco atentos ao campo de Darwin quanto este ao deles, construíram pelo paciente estudo do fato histórico â base de uma filosofia da política e do direito sólida e racional. Savigny, a quem ainda não conhecemos ou reverenciamos o suficiente, ou o nosso próprio Burke, a quem conhecemos ou reverenciamos, mas a quem nunca poderemos reverenciar o bastante, foram darwinistas antes de Darwin. E até certo ponto o mesmo pode ser dito do grande francês Montesquieu, cujo espirito inconstante mas luminoso se perdeu numa geração de formalistas.

Um teórico social do século XIX que precisasse recorrer a Darwin para compreender a ideia de evolução não era digno de respeito. Infelizmente, alguns precisaram, e produziram ideias que, sob o nome de 'darwinismo social', foram desde então responsáveis pela desconfiança com que o conceito de evolução tem sido encarado pelos cientistas sociais. Existem, é claro, diferenças importantes entre a forma pela qual o processo de seleção atua na transmissão cultural que leva à formação de instituições sociais e a forma pela qual atua na seleção de características biológicas inatas e na sua transmissão por herança fisiológica. O erro do 'darwinismo social' foi tomar por objeto a seleção de indivíduos e não a seleção de instituições e práticas; a seleção de aptidões inatas dos indivíduos e não a daquelas culturalmente transmitidas. Mas, embora o esquema da teoria darwinista só se aplique a estas últimas de forma limitada, e seu uso literal conduza a graves distorções, o conceito básico de evolução ainda permanece o mesmo em ambos os campos.

O outro grande equívoco que levou ao descrédito a teoria da evolução social foi a ideia de que a teoria da evolução consiste em 'leis de evolução'. Isso só poderia ser verdade num sentido especial da palavra 'lei', e certamente não é verdade, ao contrário do que muitas vezes se pensa, no sentido da enunciação de uma sequência necessária de etapas ou fases específicas pelas quais o processo de evolução deve passar necessariamente

---

A segunda passagem é de Essays in the Law (Londres, 1922), página 11: 'Ancient Law e The Origin of Species foram realmente o resultado, em campos diferentes, do mesmo movimento intelectual — aquele que associamos à palavra Evolução'. A alegação de terem sido darwinistas antes de Darwin fora feita nestes termos pelos linguistas August Schleicher, Die Darwinsche Theorie und die Sprachwissenschaft (Weimar, 1867), e Max Müller, 4Darwin's Philosophy of Language', Fraser's Magazine, VII, 1837, 662.

e que, por extrapolação, leva a previsões do curso futuro da evolução. A teoria da evolução, em si, não fornece mais que a descrição de um processo cujo resultado dependerá de enorme quantidade de fatos particulares, excessivamente numerosos para que pudéssemos conhecê-los em sua totalidade, e, portanto, não permite previsões do futuro. Por conseguinte, estamos restritos a 'explicações do princípio' ou, simplesmente, a previsões do padrão abstrato a que o processo obedecerá[34].

As pretensas leis de evolução geral, supostamente derivadas da observação, na verdade não têm qualquer relação com a legítima teoria da evolução, que explica o processo. Originam-se das concepções do historicismo de Comte, Hegel e Marx, totalmente diversas, e de sua abordagem holística, e afirmam uma necessidade puramente mística de que a evolução siga certo curso predeterminado. Embora se 'deva admitir que o significado original do termo 'evolução' se refere a um 'desdobramento' de potencialidades já contidas no germe, o processo pelo qual a teoria biológica e social da evolução explica o aparecimento de diferentes estruturas complexas não implica tal sucessão de passos específicos. Aqueles para quem o conceito de evolução implica sequência necessária de 'etapas' ou 'fases' predeterminadas, a serem percorridas pelo desenvolvimento de um organismo ou instituição social, têm razão,

34 34Ê de se temer, de fato, que alguns dos defensores mais entusiastas do evolucionismo no campo da antropologia social, como os discípulos de Leslie A. White, ao combinarem a legitima evolução 'especifica* com o que chamam de evolução 'geral', do tipo descrito acima, possam mais uma vez levar ao descrédito a abordagem evolucionista revivificada: ver em particular M. D. Sahlins e E. R. Service, Evolution and Culture (Ann Arbor, Mich., 1960).

portanto, ao rejeitar tal concepção de evolução, para a qual não há garantia científica.

Nesta altura mencionaremos, apenas de passagem, que as frequentes tentativas de usar a ideia de evolução, não só como explicação do surgimento de normas de conduta, mas como base de uma ciência prescritiva da ética, tampouco encontram fundamento na legítima teoria da evolução, estando antes entre aquelas extrapolações de tendências mencionadas acima na forma de 'leis de evolução', para as quais não há justificativa. Isto precisa ser dito porque até mesmo alguns biólogos ilustres, que certamente compreendem a teoria da evolução em si, chegaram a fazer asserções desse tipo[35]. Mas o que pretendemos agora é apenas mostrar que tais abusos do conceito de evolução em disciplinas como a antropologia, a ética e também o direito, abusos que por algum tempo o levaram ao descrédito, tiveram por base uma concepção equivocada da natureza da teoria da evolução; e que, se esta for tomada em seu significado correto, ainda será verdade que as estruturas complexas, formadas espontaneamente, das quais a teoria social tem de tratar, só podem ser compreendidas como resultado de um processo de evolução, e que, portanto, neste caso, 'o elemento genético é inseparável da ideia de ciências teóricas'[36].

---

35 Ver C. H. Waddington, The Ethical Animal (Londres, 1960); T. H. Huxley e Julian Huxley, Evolution and Ethics 1893—J943 (Londres, 1947); J. Needham, Time, The Refreshing River (Londres, 1943); e A. G. N. Flew, Evolutionary Ethics (Londres, 1967).

36 Carl Menger, *Problems of Economics and Sociology,* editado por Louis Schneider (Urbana, 111., 1963), página 94.

A persistência do construtivismo no pensamento atual

É difícil perceber até que ponto a falácia construtivista determinou, nos últimos trezentos anos, as atitudes de muitos dos mais independentes e corajosos pensadores. A rejeição do modo como a religião explicava a fonte e os fundamentos da validade das normas morais e jurídicas tradicionais ocasionou a rejeição dessas próprias normas na medida em que não pudessem ser racionalmente justificadas. E a seus feitos no sentido de assim 'libertar' a mente humana que muitos dos pensadores célebres desse período devem sua fama. Podemos ilustrá-lo aqui tomando, quase ao acaso, alguns exemplos típicos[37].

Um dos mais conhecidos é, obviamente, Voltaire, cujas ideias sobre o problema principal a que dedicaremos maior atenção expressaram-se na exortação 'se quiserdes boas leis, queimai as que tendes e fazei novas'[38]. Influência ainda maior foi exercida por Rousseau. Já se disse, com razão, que, para ele[39]:

> Não havia nem lei, exceto a lei criada pela vontade dos homens vivos — essa foi sua maior heresia sob muitos pontos de vista, inclusive o cristão; foi também sua maior afirmação em teoria política. (...) O

37 À frente desta tradição, talvez se deva mencionar B. de Spinoza e sua afirmação em *Ethics* (edição Everyman, página 187), frequentemente citada, de que 'o homem livre é aquele que vive unicamente segundo os ditames da razão'.

38 Voltaire, Dictionnaire Philosophique, s. v. 'Loi', em Oeuvres complètes de Voltaire, editadas por Hachette, tomo XVIII, página 432: 'Voulez-vous avoir de bonnes lois? Brulez le vôtres et faites nouvelles'

39 R. A. Palmer, *The Age of Democratic Revolution,* vol. 1 (Princeton, 1959), página 114.

que ele fez, e foi suficientemente revolucionário, foi minar a fé de muitos na justiça da sociedade em que viviam.

E o fez exigindo que a 'sociedade' fosse justa como se fora um ser pensante.

A recusa em aceitar como obrigatórias quaisquer normas de conduta cuja justificação não tivesse sido racionalmente demonstrada ou 'tornada clara e indubitavelmente conclusiva para cada indivíduo'[40] passou a ser um tema sempre recorrente no século XIX. Dois exemplos esclarecerão essa atitude. No começo do século, Alexander Herzen afirmava: 'Desejais um compêndio de regras, mas julgo que, ao se atingir determinada idade, se devia ter vergonha de precisar usar um tal compêndio [porque] o homem autenticamente livre cria sua própria moralidade'[41]. E, de modo muito semelhante, um eminente filósofo positivista contemporâneo afirma que 'não se deve buscar o poder da razão nas normas que ela dita à nossa imaginação, mas na capacidade de nos libertarmos de todo tipo de normas a que fomos condicionados pela experiência e pelas tradições'[42].

A melhor expressão dessa atitude num pensador representativo de nosso tempo é encontrada no relato feito por Lord Keynes, numa palestra intitulada 'Minhas primeiras convicções' ('My early beliefs')[43]. Falando, em

40 Edmund Burke, 'A vindication of natural society'. Prefácio em *Works* (Londres, 1808), página 7.

41 Alexander Herzen, From the Other Shore, editado por I. Berlin (Londres, 1956), páginas 28 e 141.

42 Hans Reichenbach, *The Rise of Scientific Philosophy* (Berkeley, Calif., 1951), página.

43 Citado em John Maynard Keynes, *Two Memoirs* (Londres, 1949), página 97.

1938, da época em que tinha vinte anos, ou seja, trinta e cinco anos antes, disse ele a respeito de si próprio e de seus amigos:

Repudiávamos por completo a obrigação a nós imposta de obedecer a normas gerais. Reivindicávamos o direito de julgar cada caso individual por seus méritos, e a sabedoria, a experiência e o autocontrole para conseguir fazê-lo. Essa era uma parte importantíssima de nossa crença, defendida com energia e agressividade, e, para o mundo exterior, era nossa característica mais óbvia e perigosa. Repudiávamos por completo a moral usual, as convenções e a sabedoria tradicional. Ou seja, éramos, no sentido estrito do termo, imoralistas (...) não reconhecíamos nenhuma obrigação moral, nenhuma sanção interior a que devêssemos nos sujeitar ou obedecer. Perante os céus, afirmávamos ser nossos próprios juízes em nosso próprio julgamento.

E acrescentou: 'No que me concerne, é tarde demais para mudar. Sou e serei sempre um imoralista'. Para qualquer pessoa criada antes da Primeira Guerra Mundial, é óbvio que, àquela altura, essa não era uma atitude exclusiva do Grupo de Bloomsbury, mas uma atitude generalizada, compartilhada por muitos dos mais ativos e independentes espíritos da época.

Nossa linguagem antropomórfica

Vemos com que profundidade a falsa interpretação construtivista ou intencionalista impregna nosso pensamento acerca dos fenômenos da sociedade quando examinamos o significado de muitos termos a que devemos recorrer para nos referir a eles. De fato, a maioria dos erros contra

os quais argumentaremos ao longo de todo este livro encontra-se a tal ponto integrada à nossa linguagem, que o uso de termos estabelecidos levará o incauto quase necessariamente a conclusões errôneas. A linguagem que somos obrigados a usar desenvolveu-se no curso de milênios, quando o homem só era capaz de conceber uma ordem como produto de um desígnio e quando considerava prova da ação de um planejador pessoal qualquer ordem descoberta nos fenômenos. Em consequência, praticamente todos os termos de que dispomos para descrever essas estruturas ordenadas ou seu funcionamento estão plenos da sugestão de que um agente pessoal os criou. Por esse motivo, conduzem normalmente a conclusões equivocadas.

Até certo ponto isso se aplica a todo o vocabulário científico. As ciências físicas, não menos que a biologia ou a teoria social, foram obrigadas a lançar mão de termos de origem antropomórfica. Mas o físico, ao falar de 'força', de 'inércia', ou de um corpo que 'age' sobre outro, emprega esses termos num sentido técnico de entendimento geral e que pouco se presta a mal-entendidos. Falar, porém, de sociedade que 'age' evoca de imediato associações extremamente enganosas.

Em geral, referir-nos-emos a essa propensão como 'antropomorfismo', embora o termo não seja de todo preciso. Para sermos mais exatos, deveríamos distinguir entre a atitude ainda mais primitiva que personifica entidades tais como a sociedade, atribuindo-lhes uma mente, e que é corretamente chamada de antropomorfismo ou animismo, e a interpretação ligeiramente mais sofisticada, que atribui a ordem e o

funcionamento dessas entidades ao desígnio de algum organismo identificável, e que é melhor caracterizada como intencionalismo, artificialismo[44], ou, como fazemos aqui, construtivismo. No entanto, essas duas tendências interpenetram-se de modo mais ou menos imperceptível, e, para nossos fins, utilizaremos de maneira geral 'antropomorfismo', sem fazer a distinção mais acurada.

Como praticamente todo o vocabulário disponível para a análise das ordens espontâneas de que trataremos tem essas conotações enganosas, precisaremos ser até certo ponto arbitrários na seleção das palavras que pretendemos usar num sentido estritamente não antropomórfico, e daquelas que só usaremos quando quisermos implicar intenção ou plano. Para preservar a clareza, entretanto, é essencial que, com relação a muitas palavras, nós as empreguemos somente para designar resultados de construção intencional, ou somente para designar resultados de formação espontânea, mas não para ambos os fins. Algumas vezes, porém, como no caso do termo 'ordem', será necessário utilizá-lo num sentido neutro, que compreenda tanto ordens espontâneas quanto 'organizações' ou 'ordenações' ('arrangements'). Estes dois últimos termos, que só empregaremos para designar resultados de um plano, ilustram o fato de que frequentemente é tão difícil encontrar termos que sempre impliquem intenção, quanto é difícil encontrar aqueles que não o façam. O biólogo geralmente não hesitará em falar de 'organização', sem implicar criação

44 "Ver J. Piaget, The Child's Conception of the World (Londres, 1929), página 359: A criança começa procurando propósitos em toda parte e só secundariamente se interessa em classificá-los como propósitos das próprias coisas (animismo) e propósitos dos que fazem as coisas (artificialismo)

intencional, mas soaria estranho se dissesse que um organismo não só tem como é uma organização, ou que foi organizado. O papel desempenhado pelo termo 'organização' no desenvolvimento do pensamento político moderno e o significado que a moderna 'teoria da organização' lhe atribui parecem justificar, no presente contexto, uma restrição de seu significado unicamente aos resultados da criação intencional.

Uma vez que a distinção entre uma ordem feita e uma ordem que se forma como resultado de regularidades das ações de seus elementos será o tópico principal do próximo capitulo, não é preciso que nos alonguemos mais sobre o assunto no momento. E, no Volume II, examinaremos mais detidamente o caráter quase invariavelmente desorientador da palavra 'social', que, sendo particularmente esquiva, introduz confusão em quase qualquer frase em que seja usada.

Descobriremos também que ideias de aceitação geral como a de que a sociedade 'age' ou que 'trata', 'recompensa' ou 'remunera' pessoas, ou que 'atribui valor', 'possui' ou 'controla' objetos ou serviços, ou que é 'responsável por', 'culpada de' algo, ou que tem uma 'vontade' ou 'propósito', pode ser 'justa' ou 'injusta', ou de que a economia 'distribui' ou 'aloca' recursos — sugerem todas uma falsa interpretação intencionalista ou construtivista de palavras que poderiam ter sido usadas sem essa conotação, mas que, quase inevitavelmente, levam quem as utiliza a conclusões ilegítimas. Veremos que tais confusões estão na raiz das concepções básicas de escolas de pensamento muito influentes, que sucumbiram por completo à crença de que todas as normas ou leis, devem ter sido fruto de invenção

ou de convenção explicita. Só quando se supõe, o que é errado, que todas as normas de conduta justa resultam de criação intencional tornam-se plausíveis sofismas como o de que todo poder de fazer leis é necessariamente arbitrário, ou o de que deve sempre existir uma fonte última fonte 'soberana' de poder, da qual toda lei deriva. Muitos dos velhos quebra-cabeças da teoria política muitas "das concepções que afetaram profundamente a evolução das instituições políticas são produto dessa confusão. Isso se aplica especialmente àquela tradição da teoria jurídica, que, mais do que qualquer outra, se orgulha de ter evitado inteiramente os conceitos antropomórficos, a saber, o positivismo jurídico; pois, se examinado, revela fundar-se inteiramente no que chamamos dê falácia construtivista. Ele é, na verdade, um dos principais produtos do segundo o qual, que, ao tomar ao pé da letra a expressão segundo a qual o homem 'fez' toda a sua cultura e instituições, foi levado à ilusão de que toda lei é produto de alguma vontade.

Outro termo cuja ambiguidade desorientou igualmente a teoria social, sobretudo algumas teorias positivistas do direito, e que portanto devemos mencionar de passagem, é 'função'. Trata-se de um termo quase indispensável à análise daquelas estruturas auto-mantenedoras que encontramos tanto em organismos biológicos quanto em ordem sociais espontâneas. Tal função pode ser desempenhada sem que o agente saiba a que fim serve a sua ação. Mas o antropomorfismo característico da tradição positivista levou a uma curiosa deturpação: da, descoberta de que uma instituição servia a uma função concluiu-se que as pessoas que a

desempenham devem fazê-lo sob a direção de outra vontade humana. Assim, a ideia correta de que a instituição da propriedade privada serve a uma função necessária à manutenção da ordem espontânea da sociedade levou à crença de que, para tanto, era necessário o poder diretor de alguma autoridade — crença que chegou mesmo a ser expressamente 'enunciada nas constituições de alguns países, redigidas sob inspiração positivista.

Razão e abstração

Os aspectos da tradição cartesiana a que chamamos de construtivismo são também muitas vezes denominados simplesmente racionalismo, o que tende a gerar interpretações equivocadas. Tornou-se habitual, por exemplo, referir-se a seus primeiros críticos, em especial Bernard Mandeville e David Hume, como 'antiracionalistas'[45], o que deu a impressão de que esses 'antiracionalistas' estavam menos interessados em chegar ao uso mais eficaz da razão do que os que reivindicavam especialmente para si a designação de racionalistas. O fato, porém, é que os chamados antiracionalistas insistem em que, para tornar a razão tão eficaz quanto possível, é necessária uma compreensão das limitações dos poderes da razão consciente e da ajuda que obtemos de processos de que não temos consciência — compreensão de que o racionalismo construtivista carece. Assim, se o que se entende por racionalismo é o desejo de tornar a razão tão eficaz quanto possível, eu próprio sou um racionalista. Se, no entanto, o termo significa que a razão consciente deve determinar cada ação especifica, então não sou um racionalista, e esse racionalismo me parece extremamente insensato. Sem

---

45 Como eu próprio o fiz no passado, seguindo autores anteriores. As razões por que essa expressão me parece agora enganosa foram expostas em minha conferência sobre, 'Kinds of rationalism", em S.P.P.E.

dúvida, uma das funções da razão é decidir até que ponto ela deve estender seu controle ou até que ponto deve apoiar-se em outras forças que não pode controlar inteiramente. É melhor, portanto, no tocante a esta questão, distinguir não entre 'racionalismo' e 'antiracionalismo', mas entre um racionalismo construtivista e um racionalismo evolucionista, ou, nas palavras de Karl Popper, um racionalismo ingênuo e um racionalismo crítico.

Relacionadas ao sentido ambíguo do termo 'racionalismo' estão as ideias amplamente aceitas quanto à atitude para com a 'abstração' própria do 'racionalismo'. A palavra é muitas vezes utilizada até para designar uma tendência desmedida à abstração. Entretanto a propriedade característica do racionalismo construtivista é, antes, a de não aceitar a abstração — a de não reconhecer que os conceitos abstratos são um meio de fazer face à complexidade do concreto que a nossa mente não é capaz de dominar por inteiro.

O racionalismo evolucionista, por outro lado, reconhece as abstrações como o meio indispensável à mente para enfrentar uma realidade que ela é incapaz de compreender por completo. Isso está relacionado ao fato de que, na perspectiva construtivista, a 'abstração' é concebida como uma propriedade restrita ao pensamento consciente, ou aos conceitos, quando, na verdade, ela é uma característica de todos os processos que determinam a ação, muito antes que surjam no pensamento consciente ou que se expressem na linguagem. Sempre que um tipo de situação evoca num indivíduo uma disposição para determinado padrão de

resposta, está presente a relação básica chamada de 'abstrata'. Sem dúvida, as faculdades peculiares de um sistema nervoso central consistem justamente no fato de que estímulos específicos não evocam diretamente respostas específicas, mas possibilitam a certas classes ou configurações de estímulos estabelecer determinadas disposições com relação às classes de ações, e que somente a superimposição de muitas dessas disposições especifica a ação particular resultante. Esse 'primado do abstrato', conforme o denominei em um ensaio[46], será pressuposto ao longo de todo este livro.

A abstração será considerada aqui, portanto, não só uma propriedade apresentada por todos os processos mentais (conscientes ou inconscientes) em maior ou menor grau, mas a base da capacidade do homem de mover-se com êxito num mundo que conhece de modo muito imperfeito — uma adaptação à sua ignorância da maioria dos fatos particulares que o cercam". Nosso principal objetivo ao enfatizar as normas que regem nossas ações é ressaltar a importância central do caráter abstrato de todos os processos mentais.

Assim considerada, a abstração não é algo que a mente produz por processos de lógica a partir de sua percepção da realidade, e sim uma propriedade das categorias com as quais opera — não um produto da mente mas o que constitui a mente. Nunca agimos, e nunca poderíamos agir, levando plenamente em conta todos os fatos de uma/ situação específica, e sim destacando sempre, como relevantes, apenas alguns dos

46 Ver meu artigo sobre 'The primacy of the abstract', em A. Koestler e J. R. Smithies síeds.), Beyond Reducrionism (Londres, 1969).

seus aspectos; não por escolha consciente ou seleção deliberada, mas por um mecanismo sobre o qual não exercemos controle voluntário.

Talvez tenha ficado claro agora que, ao enfatizarmos constantemente o caráter não racional de muitas de nossas ações, visamos não a menosprezar ou a criticar essa maneira de agir, mas, ao contrário, a salientar uma das razões pelas quais ela produz bons resultados; não a sugerir que deveríamos procurar compreender plenamente por que fazemos o que fazemos, mas a frisar que isso é impossível; e que somos capazes de utilizar tanta experiência não porque a possuamos, mas porque, sem sabermos, ela se incorporou aos esquemas de pensamento que nos orientam.

A posição aqui assumida permite duas interpretações errôneas que devemos tentar evitar. Uma decorre do fato de que a ação orientada por normas de que não temos consciência é frequentemente qualificada de 'instintiva' ou 'intuitiva'. Essas palavras em si não encerram grande perigo; entretanto, ambas, especialmente 'intuitiva', se referem geralmente à percepção do particular e do relativamente concreto, quando o que nos interessa aqui são as capacidades que determinam propriedades muito gerais ou abstratas das ações empreendidas. Tal como é geralmente usado, o termo 'intuitivo' sugere um atributo não apresentado pelas normas abstratas que observamos em nossas ações, sendo por isso melhor evitá-lo.

A outra possível interpretação errônea de nossa posição é a de que a ênfase por nós conferida ao caráter não consciente de grande parte das

normas que regem nossa ação está relacionada à concepção de uma mente inconsciente, ou subconsciente, subjacente às teorias da psicanálise ou 'psicologia da profundidade'. Mas, conquanto até certo ponto ambas as perspectivas possam pretender uma explicação dos mesmos fenômenos, na verdade são totalmente diversas. Não usaremos, e de fato a julgamos injustificada e inteiramente falsa, a concepção de uma mente inconsciente que difere da mente consciente apenas por ser inconsciente, mas que, sob todos os outros aspectos, opera da mesma maneira — racional e voltada para objetivos — que a mente consciente. Nada acrescenta pressupor tal entidade mística, ou atribuir às várias propensões ou normas que em seu conjunto produzem a ordem complexa a que chamamos mente qualquer das propriedades apresentadas pela ordem resultante. Quanto a isso, a psicanálise parece ter tão somente criado outro fantasma, do qual, por sua vez, se 'afirma que rege o 'espírito no interior da máquina'[47] do dualismo cartesiano.

Por que as formas extremas do racionalismo construtivista levam habitualmente a uma revolta contra a razão.

Como conclusão deste capitulo introdutório, cabe fazer algumas observações sobre um fenômeno que, embora transcenda o âmbito deste livro, é de considerável importância para a compreensão de seus objetivos mais imediatos. Referimo-nos ao fato de o racionalismo construtivista', que não admite limites para as aplicações da razão consciente ter originado, repetidas vezes na história, uma revolta contra a razão. De fato, esse processo, no qual uma confiança excessiva nos poderes da razão conduz ao

47 Ver Gilbert Ryle, The Concept of Minei (Londres, 1949).

desengano e, assim, a uma reação violenta contra o norteamento pela razão abstrata e a uma exaltação dos poderes da vontade particular, não é de modo algum paradoxal, mas quase inevitável.

A ilusão que leva os racionalistas construtivistas usualmente a uma entronização da vontade consiste na crença de que a razão pode transcender o reino do abstrato, sendo capaz por si mesma de determinar que ações específicas são ou não desejáveis. Contudo sempre apenas em combinação com impulsos específicos, não racionais, que a razão é capaz de determinar o que fazer, e sua função é essencialmente agir como um freio à emoção, ou orientar a ação impelida por outros fatores. A ilusão de que a razão é por si só capaz de nos revelar o que devemos fazer, e que, portanto, todo homem sensato deveria ser capaz de aderir ao esforço pela consecução de fins comuns como membro de uma organização, dissipa-se rapidamente quando tentamos pô-la em prática. Mas o desejo de usar nossa razão para transformar o conjunto da sociedade numa máquina racionalmente conduzida persiste, e, para realizá-lo, são impostos a todos fins comuns que não podem ser justificados pela razão e não podem ser mais que decisões de vontades particulares.

A revolta racionalista contra a razão, se assim podemos chama-la, tem geralmente por alvo a abstração do pensamento. Recusa-se a admitir que todo pensamento deve permanecer abstrato em vários graus e que, portanto, nunca é capaz por si só de determinar inteiramente ações específicas. A razão é somente uma disciplina, uma apreensão das limitações das possibilidades de ação eficaz, que muitas vezes nos dirá

apenas o que não fazer. Essa disciplina é necessária precisamente porque nosso intelecto não é capaz de apreender a realidade em toda a sua complexidade. Embora o uso da abstração amplie o âmbito de fenômenos que podemos dominar intelectualmente, ele o faz limitando o grau em que podemos prever os efeitos de nossas ações, e, por consequência, limitando também a certos traços gerais o grau em que podemos moldar o mundo à nossa vontade. Por isso, o liberalismo restringe o controle intencional da ordem global da sociedade à aplicação daquelas normas gerais que são necessárias à formação de uma ordem espontânea, cujos detalhes não podemos prever. Talvez ninguém tenha percebido essa vinculação entre o liberalismo e a compreensão dos poderes limitados do pensamento abstrato com maior clareza "do que aquele ultraracionalista "que se tornou a fonte primeira da maior parte do irracionalismo moderno e do totalitarismo, G. W. F. Hegel. Ao escrever que 'a corrente que se apega à abstração é o liberalismo, sobre o qual o concreto sempre prevalece, e que sempre sucumbe na luta contra este'[48], Hegel efetivamente descreveu o fato de que ainda não estamos suficientemente maduros para nos submeter por qualquer intervalo de tempo à estrita disciplina da razão, e que constantemente permitimos às nossas emoções romper seus controles.

A confiança no abstrato não é, pois, consequência de uma superestimação, mas antes de uma compreensão dos poderes limitados de

---

48 Ver G. W. F. Hegel, *Philosophie der Weltgeschichte,* ed. G. Lasson, terceira edição (Leipzig, 1930), e reeditado em *Gesellschafl, Staat, Geschichte*, editado por F. Büllow (Leipzig, sem data), página 317: *'Die Richtung, die an der Abstraktion festhält, ist der* Liberalismus*, über den das Konkrete immer siegt, und gegen das er überall Bankrott macht'*. Esta passagem foi omitida em *Vorlesungen über die Philosophie der Geschichte* em *Werke* (Berlim, 1837), vol. 9, ou em *Jubilaumsausgabe* (Stuttgart, 1928). vol. 2, páginas 556-7.

nossa razão. É a superestimação dos poderes da razão que conduz à revolta contra a submissão a normas abstratas. O racionalismo construtivista rejeita a necessidade dessa disciplina da razão porque se ilude com a ideia de que esta é capaz de controlar diretamente todos os fatos particulares; e é então impelido a uma preferência pelo concreto sobre o abstrato, pelo particular sobre o geral, porque seus adeptos não percebem o quanto limitam com isso o alcance do verdadeiro controle racional. A arrogância da razão se manifesta naqueles que acreditam poder abrir mão da abstração e chegar a um domínio total do concreto e assim, positivamente, dominar o processo social. O desejo de remodelar a sociedade à imagem do homem individual, que desde Hobbes tem dominado a teoria política racionalista, e que atribui à Grande Sociedade propriedades que somente indivíduos ou organizações deliberadamente criados podem possuir, gera um empenho não apenas por ser, mas por tornar tudo racional. Embora devamos nos esforçar por aperfeiçoar a sociedade no sentido de que se torne agradável nela viver, não podemos aperfeiçoá-la no sentido de fazê-la comportar-se moralmente. É insensato aplicar os padrões do comportamento consciente àquelas consequências impremeditadas da ação individual, expressadas por tudo que è autenticamente social, exceto eliminando-se o impremeditado — o que significaria eliminar tudo aquilo a que chamamos cultura.

A Grande Sociedade e a civilização que ela tornou possível são produto da crescente capacidade do homem de comunicar pensamento abstrato; e ao dizermos que aquilo que todos os homens têm em comum é a razão referimo-nos à sua capacidade comum de pensamento abstrato.

Como , em grande medida, o homem usa essa capacidade sem conhecer explicitamente os princípios abstratos que o norteiam, e não compreende todas as razões pelas quais permite ser assim guiado, produziu-se uma situação em que a própria superestimação desses poderes da razão, de que o homem tem consciência, levou-o a desprezar aquilo que tornou a razão tão poderosa: seu caráter abstrato. O não reconhecimento de que as abstrações auxiliam nossa razão a ir além do que poderia caso tentasse dominar todos os fatos particulares produziu uma legião de escolas filosóficas hostis à razão abstrata — filosofias do concreto, da 'vida' e da 'existência', que exaltam a emoção, o particular e o instintivo, e estão sempre prestes a alimentar emoções relacionadas a raça, nação e classe.

Assim o racionalismo construtivista, em seu empenho por submeter tudo ao controle racional, em sua preferência pelo concreto e em sua recusa a se submeter à disciplina de normas abstratas, acaba por andar lado a lado com o irracionalismo. A construção só é possível quando visa a fins específicos que , em última instância, serão necessariamente não racionais; e nenhum argumento racional neles baseado pode levar à concordância se esta já não estiver presente desde o início.

DOIS

Capítulo 2 - Kosmos e taxis

"O homem de sistema (...) imagina poder manejar os membros de uma grande sociedade com a mesma facilidade com que a mão dispõe as diferentes peças sobre um tabuleiro de xadrez. Não leva em conta que as peças não possuem nenhum principio de movimento além daquele que a mão lhes imprime; enquanto, no grande tabuleiro de xadrez da sociedade humana, cada peça tem um principio de movimento que lhe é próprio, completamente diferente daquele que o legislativo resolva imprimir-lhe. Se esses dois princípios coincidirem e atuarem na mesma direção, o jogo da sociedade humana prosseguirá desembaraçada e harmoniosamente, contando com muita probabilidade de ser próspero e chegar a bom termo. Se forem opostos ou diferentes, o jogo envolverá enorme sofrimento e a sociedade viverá constantemente no mais alto grau de desordem".

ADAM SMITH*

* Adam Smith, The Theory of Moral Sentiments (Londres, 1759), parle 6, cap. 2, penúltimo parágrafo. Vale notar que esta passagem contém alguns dos termos e conceitos básicos que deveremos empregar ao longo de todo este livro: a concepção de uma ordem espontânea da Grande Sociedade em contraposição a uma ordenação intencional dos elementos; a distinção entre a coincidência e a oposição das normas [princípios de movimento) inerentes aos elementos e aquelas a estes impostas pela legislação; e a interpretação do processo social como um jogo que prosseguirá sem perturbações se os dois tipos de norma estiverem em harmonia, mas que produzirá desordem se estiverem em conflito.

O conceito de ordem

A análise desenvolvida neste livro terá por eixo o conceito de ordem, e particularmente a distinção entre dois tipos de ordem a que provisoriamente chamaremos de ordem 'feita' ('mude') e ordem 'resultante de evolução' ('grown'). Ordem é um conceito indispensável ao exame de todos os fenômenos complexos, nele desempenhando, basicamente, o papel que o conceito de lei desempenha na análise de fenômenos mais simples[1]. Afora ordem, não há termo adequado para designá-lo, embora 'sistema', 'estrutura' ou 'configuração' ('pattern') possam ser ocasionalmente usados. O termo 'ordem' tem, é claro, uma longa história nas ciências sociais[2], mas ultimamente vem sendo em geral evitado, principalmente em razão da ambiguidade de seu significado e de 'sua frequente associação com concepções autoritárias. No entanto, não nos é possível dispensá-lo, e teremos de nos precaver contra equívocos definindo com toda precisão o sentido geral em que o empregaremos, estabelecendo depois nítida distinção entre as duas diferentes maneiras pelas quais tal ordem se pode originar.

---

1 Ver meu ensaio sobre The theory of complex phenomena', em F. A. Hayek, Studies in Philosophy, Politics and Economics (Londres e Chicago, 1967). Na verdade, de início foi em decorrência de considerações puramente metodológicas que fui levado a retomar o uso do impopular conceito de 'ordem': ver também F. A. Hayek, The CounterRevolution of Science (Chicago, 1952), página 39: 'Se os fenomenos sociais não apresentassem qualquer ordem exceto na medida em que fossem conscientemente planejados, de fato não haveria espaço para uma ciência teórica da sociedade e existiriam apenas, como muitas vezes se afirma, problemas de psicologia'. Nos estudos recentes, o termo 'sistema' é frequentemente empregado quase no mesmo sentido em que uso neste livro o termo 'ordem', que ainda me parece preferível.

2 Ao que tudo indica, o uso corrente do conceito desordem em teoria política remonta a Santo Agostinho. Ver em particular seu diálogo *Ordo* J. P. Migne (ed.), *Patrologiae cursus completus sec*. lat. 32/47 (Paris, 1861-2) e, numa versão alemã, Die Ordnung, trad. C. J. Peel, quarta edição (Paderborn, 1966).

Por ‘ordem’ designaremos sempre uma condição em que múltiplos elementos de vários tipos se encontram de tal maneira relacionados entre si que, a partir de nosso contato com uma parte espacial ou temporal do todo, podemos aprender a formar expectativas corretas com relação ao restante ou, pelo menos. expectativas que tenham probabilidade de se revelarem corretas[3]. É claro que toda sociedade deve possuir uma ordem, nesse sentido, e que tal ordem frequentemente existirá sem ter sido intencionalmente criada. Como o disse um eminente antropólogo social, ‘há obviamente alguma ordem, coerência e constância na vida social. Se não houvesse, ninguém seria capaz de tratar da própria vida ou de satisfazer as mais elementares necessidades’[4].

Vivendo coma membros da sociedade e dependendo, para a satis fação da maior pane de nossas necessidades, de várias formas de cooperação com os demais, necessitamos claramente, para alcançar nossos objetivos, que as expectativas referentes às ações dos demais — nas quais se baseiam nossos planos correspondam aquilo que eles realmente farão. Essa correspondência entre as intenções e as expectativas que determinam as

---

3 Ver L. S. Stebbing, *A Modern Introduction to Logic* (Londres, 1933). página 228: 'Quando sabemos como se ordena uma série de elementos, temos uma base de inferência'. Ver também Immanuel Kant, Werke (Akademie Ausgabe), Nachlass, vol. 6, página 669: 'Ordnung ist die Zusammenfugung nach Regeln'.

4 Ver E. E. Evans-Pritchard, *Social Antropology* (Londres, 1951), página 49; ver também *ibid*., página 19:

> É evidente que deve haver uniformidades e regularidadcs na vida social, que a sociedade deve ter alguma espécie de ordem, ou seus membros nâo poderiam viver juntos. É só por saberem que tipo de comportamento se espera deles e que tipo de comportamento devem esperar dos demais nas várias situações da vida, e coordenarem suas atividades segundo normas e sob a orientação de va-lores, que todos são capazes de tratar dos próprios interesses. Conseguem fazer previsões, antecipar acontecimentos e viver em harmonia com seus semelhantes porque todas as sociedades têm urna forma ou configuração que nos permite descrevê-las como um sistema, ou estrutura, no qual e segundo o qual seus membros vivem suas vidas.

ações de diferentes indivíduos é a forma em que a ordem se manifesta na vida social; e nos concentraremos de imediato na questão de como surge essa ordem. A primeira resposta a que nossos hábitos antropomórficos de pensamento quase inevitavelmente nos levam é que ela resulta necessariamente da criação de uma mente pensante[5]. E visto que a ordem tem sido geralmente interpretada como tal ordenação (arrangement) intencional, o conceito tornou-se impopular entre a maioria dos amigos da liberdade e tem sido aceito sobretudo por adeptos do autoritarismo. Segundo a interpretação autoritária, a ordem na sociedade funda-se necessariamente numa relação de mando e obediência, ou numa estrutura hierárquica do conjunto da sociedade — na qual a vontade de superiores e, em última instância. de alguma autoridade suprema 3:mica determina o que cada indivíduo deve fazer.

No entanto, essa conotação autoritária do conceito de ordem deriva inteiramente da ideia de que a ordem só pode ser criada por forças externas ao sistema (ou 'exógenas'). Não se aplica a um equilíbrio criado a partir de dentro[6] (ou 'endógeno'), como aquele que a teoria geral do mercado procura explicar. Uma ordem espontânea desse gênero tem, sob muitos aspectos, propriedades diferentes daquelas de uma ordem feita.

---

5 Ver L. S. Stebbing, *op. cit.* página 229: 'A ordem é mais evidente ali onde o homem esteve em ação'.

6 Ver J. Ortega y Gasset, *Mirabeou o el politico* (1927), em Obras Completos (Madri, 1947), vol. 3, página 603: 'Orden no es una omites que desde fuera se ejerce sobre la sociedade, sino un equilíbrio que se suscita en su interior'.

As duas fontes de ordem

O estudo das ordens espontâneas foi por muito tempo tarefa especifica da teoria económica, embora, é claro, a biologia, desde a sua origem, se tenha ocupado desse tipo especial de ordem espontânea a que chamamos organismo. Só recentemente surgiu no âmbito das ciências físicas, sob o nome de cibernética, uma disciplina especifica que também tem por objeto os chamados sistemas autoorganizadores ou autogeradores[7].

A distinção entre esse tipo de ordem e outro que alguém tenha criado colocando os elementos de uma série em seu lugar, ou dirigindo seu movimento, é indispensável para a compreensão dos processos sociais, bem como para qualquer política social. Há vários termos disponíveis para designar cada tipo de ordem. A ordem feita, a que já nos referimos como uma ordem exógena ou uma ordenação, pode ainda ser designada como uma construção, uma ordem artificial ou, especialmente quando estamos tratando de uma ordem social dirigida, como uma organização. Por outro lado, a ordem resultante da evolução, a que nos referimos como autogeradora ou endógena, tem sua designação mais adequada na expressão ordem espontânea. O grego clássico tinha uma vantagem: possuía palavras distintas para designar os dois tipos de ordem, a saber: taxis, para unia ordem feita, uma ordem de batalha por exemplo[8] e kosmos,

---

7 Ver H. von Foerster e G. W. Zopf, Jr (eds.), *Principles of Self-Organization* (Nova Iorque, 1962), e, sobre a antecipação dos principais conceitos da cibernética por Adam Smith, cf. G. Hardin, *Nature and Man's Fate* (Nova Iorque, 1961), página 54; e Dorothy Emmet, *Function, Purpose and Powers* (Londres, 1958), página 90.

8 Ver H. Kuhn, 'Ordnung im Werden und Zerfall', em H. Kuhn e F. Wiedmann (eds.), Das Problem der Ordnung (Sechster Deutscher Kongress für Philosophie, Munique, 1960, publ. Meisenheim am Glan, 1962), especialmente página 17.

para uma ordem resultante de evolução, tendo originalmente significado 'uma ordem correta num estado ou comunidade'[9]. Ocasionalmente, utilizaremos essas palavras gregas como lermos técnicos para designar os dois tipos de ordem.

Não seria exagero dizer que a teoria social começa com a descoberta da existência de estruturas ordenadas que são produto da ação de muitos homens, embora não resultem de intenção humana, e que só devido a essa descoberta tem um objeto. Em alguns campos isso hoje universalmente aceito. Embora em certa época os homens acreditassem que até a linguagem e a moral tinham sido inventadas' ou, algum gênio do passado, todos admitem agora que elas são consequência de um processo evolutivo

---

9 Ver Werner Jaeger, Paideia: The Ideais of Greek Culture, trad. G. Highet, vol. 1, segunda edição (Nova Iorque, 1945), página 110, sobre a transferência, por 'Anaximandro de Mileto, do conceito de diké da vida social da cidade-estado para o reino da natureza. (...) Esta é a origem da ideia filosófica de cosmos: pois a palavra significava originalmente a ordem correta num estado ou comunidade'; e ibid.t pagina 179: 'Assim o cosmo do físico se tornou, por um curioso retrocesso mental, o padrão de eunomia na sociedade humana'. Ver também, do mesmo autor, 'Praise of law' em P. Sayre (ed.), Imerpretations of Modem Legal Philosophies: Essays in Honor of Roscoe Pound (Nova Iorque, 1947), especialmente página 358:

> Um mundo assim 'justificado' poderia ser corretamente designado por outro termo tomado da ordem social, um cosmo. Esta palavra aparece pela primeira vez na linguagem dos filósofos jônios; ao dar esse passo e estender o conceito de diké à realidade como um todo, eles trouxeram à luz a natureza do pensamento jurídico grego e mostraram que este se baseava na relação da justiça com o ser.

E ibid., pagina 361: 'A lei sobre a qual ela [a *polis*] se fundava não era um mero decreto, mas o nomos, que significava originalmente a soma total do que era respeitado por todo costume vigente no que concerne ao certo e ao errado': e ibid., página 365, sobre o fato de que mesmo no período de dissolução da antiga fé grega no direito, a estrita relação do nomos com a natureza do cosmo não era universalmente questionada'.

Para Aristóteles, para quem nomos está relacionado a taxis e não a kosmos (ver Politics, U87a, 18, e especialmente 1326a, 30: ho te gar nomos taxis tis es tf), è caracteristicamente inconcebível que a ordem resultante do nomos exceda o que o ordenador é capaz de Controlar, 'pois quem comandará essa grande multidão na guerra? ou quem será seu ataulo, a menos que lenha os pulmões de Estentor?'. A criação da ordem em tal multidão constitui a seu ver tarefa que apenas os deuses podem executar. Em outra obra (Ethics, IX, x, §3), chega a afirmar ser impossível um estado, isto é, uma sociedade ordenada, de cem mil pessoas.

cujos resultados ninguém previu ou planejou. Mas em outros campos muitos rejeitam ainda a afirmação de que os padrões de interação de um grande número de pessoas podem evidenciar uma ordem que não foi feita deliberadamente; na esfera econômica, em especial, os críticos, por incompreensão, ainda ridicularizam a expressão 'mão invisível', com que, na linguagem de seu tempo, Adam Smith descreveu o modo como o homem é levado 'a promover um fim que não fazia parte de suas intenções'[10]. Se reformadores indignados ainda lamentam o 'caos' da vida econômica, insinuando uma completa ausência de ordem, isso ocorre em parte porque são incapazes de conceber uma ordem que não seja deliberadamente feita, e em parte porque, para eles, ordem significa algo que visa a objetivos concretos, o que, como veremos, uma ordem espontânea não pode ser.

Examinaremos adiante (Volume II, Capítulo 10) como se produz essa coincidência de expectativas e planos que caracteriza a ordem do mercado e a natureza dos 'benefícios que dela auferimos. No momento interessam-nos somente o fato de existir uma ordem que não foi feita pelo homem e as razões por que isso não é admitido com maior facilidade. A principal razão é que ordens como a do mercado não se impõem aos nossos sentidos, precisando ser investigadas pelo intelecto. Não podemos ver, ou,

---

10 Adam Smith, Wealth of Nations, editado por E. Cannan. vol. 1, página 421.

rindo essencialmente da licenciosidade autorizada que transgride a justiça'; e a Charles Evans Hughes a de que 'Liberdade e Direito sào uma única coisa, e inseparáveis'. Muitas afirmações semelhantes foram feitas por estudiosos do direito da Europa continental no século passado, e. g., Charles Beudant, Le Droit individuel ei 1'éiat (Paris, 1891), página 5: 'Le Droit, au sens le plus genéral du mot, est la science oe la liberté'; e Karl Binding, que afirmou numa obra que 'Das Recht ist eine Ordnung menschlicher Freiheit*.

de alguma maneira, perceber intuitivamente essa ordem de ações dotadas de significado; somos apenas capazes de reconstruí-la mentalmente investigando as relações existentes entre os seus elementos. Passaremos a nos referir a esse aspecto como ordem abstrata, em contraposição a ordem concreta.

As propriedades distintivas das ordens espontâneas

Como em geral identificamos ordem a ordem feita, ou taxis, tendemos a atribuir a toda ordem certas propriedades que as estruturas deliberadamente feitas possuem em geral, e, no tocante a algumas dessas propriedades, sempre possuem. Essas ordens são relativamente simples ou, pelo menos, limitam-se necessariamente a graus de complexidade moderados o bastante para que seu criador seja ainda capaz de apreendê-los; geralmente são concretas, no sentido acima referido de poder sua existência ser intuitivamente percebida pela observação; e, por fim, como resultam de criação intencional, servem invariavelmente (ou serviram em determinada ocasião) a um propósito de. seu criador. Nenhuma dessas caraterísticas é necessariamente apresentada por uma ordem espontânea, ou kosmos O grau de complexidade desta não se limita ao que uma mente humana pode dominar. Sua existência não se manifesta necessariamente a nossos sentidos, podendo basear-se em relações puramente abstratas, que só podemos reconstruir em nossa mente. E, não tendo sido criada, não é legítimo dizer que tenha um propósito específico, embora o conhecimento de sua existência possa ser-nos de grande valia na consecução dos mais diversos objetivos.

As ordens espontâneas não são necessariamente complexas, mas, ao contrário das ordenações humanas intencionais, podem alcançar qualquer grau de complexidade. Uma de nossas principais teses será que ordens muito complexas, abrangendo maior número de fatos particulares do que qualquer cérebro poderia apurar ou manipular, só podem ser produzidas por meio de forças que induzam a formação de ordens espontâneas.

As ordens espontâneas podem não ser o que chamamos de abstratas, mas com frequência consistirão num sistema de relações abstratas entre elementos que também são definidos somente por propriedades abstratas e, por essa razão, não serão intuitivamente perceptíveis e identificáveis, exceto com base numa teoria que explique seu caráter. A importância do caráter abstrato dessas ordens repousa no fato de poderem perdurar enquanto todos os elementos particulares que as integram, e até o número destes, mudam. Para que essa ordem abstrata se preserve basta que se mantenha certa estrutura de relações, ou que elementos de certo tipo (mas variáveis em número) continuem a relacionar-se de determinada maneira.

O mais importante, porém, é a relação de uma ordem espontânea com e conceito de propósito. Uma vez que essa ordem não será criada por um agente externo, a ordem como tal tampouco pode ser propositada, ainda que sua existência possa ser extremamente útil aos indivíduos que se movem no seu âmbito Mas, num outro sentido, também se pode dizer que a ordem repousa em ação 'propositada' (*'purposive'*) de seus elementos,

'propósito' significando, neste caso, é claro, apenas que as ações dos elementos tendem a assegurar a preservação ou a restauração dessa ordem. O uso do termo 'propositado', neste sentido, como uma espécie de 'taquigrafia teleológica', como foi chamada por certos biólogos, não é contestável desde que não impliquemos uma consciência do propósito por parte dos elementos, mas entendamos simplesmente que estes adquiriram regularidades de conduta propicias à manutenção da ordem — presumivelmente porque os que agiram de determinadas maneiras obtiveram, na Ordem resultante maior probabilidade de sobrevivência do que os que não o fizeram. Em geral, porém, é preferível evitar neste contexto o termo 'propósito' e falar, em vez disso, de 'função'.

Ordens espontâneas na natureza

Será elucidativo considerar brevemente o caráter de diversas ordens espontâneas encontradas na natureza, uma vez que neste campo algumas de suas propriedades características se destacam com maior clareza. O mundo físico as oferece muitos exemplos de ordens complexas que só poderíamos produzir utilizando as forças conhecidas propicias à Sua formação, e nunca colocando cada elemento na devida posição. Jamais poderemos produzir um cristal ou um composto orgânico complexo colocando os vários átomos em posição tal que formem o reticulado (*lattice*) de um cristal ou o sistema baseado em anéis de benzol que constituem um composto orgânico. Mas podemos criar as condições nas quais eles se ordenarão dessa maneira.

O que determina, nessa casos, não apenas o caráter geral do cristal ou do composto que se formará, mas também a posição particular de cada elemento nessas estruturas? O importante é que a regularidade da conduta dos elementos determinará o caráter geral da ordem resultante, mas não todos os detalhes de sua manifestação especifica. A maneira particular pela qual se manifestará a ordem abstrata resultante dependerá, além das normas que regem as ações dos elementos, de sua posição inicial e de todas as condições específicas do ambiente imediato ao qual cada um reagirá no curso da formação dessa ordem. Em outras palavras, a ordem será sempre uma adaptação a grande número de fatos particulares que ninguém conhecerá em sua totalidade.

Devemos observar que uma configuração regular se constituirá portanto não só se todos os elementos obedecerem às mamas normas e se suas diferentes ações forem determinadas somente pela diferente posição de cada indivíduo em relação aos demais, mas também, como se verifica no caso do composto químico, se houver diferentes tipos de elementos que agem em parte segundo normas diferentes. Seja qual for o caso, só seremos capazes de prever o caráter geral da ordem que se formará, e não a posição específica de cada elemento em relação a qualquer um dos demais.

Outro exemplo, tomado da física, é, sob alguns aspectos, ainda mais elucidativo. No conhecido experimento escolar em que a limalha de ferro posta sobre uma folha de papel se dispõe ao longo de algumas das linhas de força de um imã colocado embaixo do papel, podemos prever o modelo

geral das cadeias que serão formadas pela interligação das partículas de limalha; mas não podemos prever — na gama de um número infinito das curvas que definem o campo magnético — aquelas ao longo das quais essas cadeias se colocarão. Isso dependerá da posição, direção, peso, aspereza ou lisura de cada partícula de ferro e de todas as irregularidades da superfície do papel. As forças emanadas do imã e de cada uma das partículas de ferro imergirão assim com o ambiente, produzindo um caso único de configuração geral cujo caráter será determinado por leis conhecidas, mas cuja manifestação concreta dependerá de circunstâncias específicas que somos incapazes de determinar integralmente.

Na sociedade, confiar na ordem espontânea amplia e limita ao mesmo tempo nossos poderes de controle.

Uma vez que uma ordem espontânea resulta da adaptação de elementos individuais a circunstâncias que afetam diretamente apenas alguns deles, e que em sua totalidade não precisam ser conhecidas, ela pode estender-se a circunstâncias tão complexas que mente alguma é capaz de compreendê-las todas. Por isso o conceito se torna particularmente importante quando passamos dos fenômenos mecânicos aqueles 'de mais alto grau de organização' ou essencialmente complexos, tais como os que encontramos nos reinos da vida, da mente e da sociedade. Nesse caso estaremos frente a estruturas 'resultantes de evolução' dotadas de um grau de complexidade que assumiram — e só puderam assumir — por terem resultado de forças ordenadoras espontâneas. Por consequência, elas apresentam dificuldades especiais quando tentamos explicá-las ou influenciar seu caráter. Dado que

podemos, no máximo, conhecer as normas observadas pelos elementos de vários tipos de que as estruturas se constituem, mas não cada um dos elementos e nunca todas as circunstâncias especificas em que cada um se encontra, nosso conhecimento ficará restrito ao caráter geral da ordem a se constituir. E mesmo quando, como no caso de uma sociedade de seres humanos, podemos estar em condições de alterar pelo menos algumas das normas de conduta a que os elementos obedecem, seremos por esse meio capazes de influenciar somente o caráter geral e não o detalhe da ordem resultante.

Isso significa que — embora a utilização de forças ordenadoras espontâneas nos possibilite induzir a formação de uma ordem com tal grau de complexidade (isto é, compreendendo tal número de elementos, tal diversidade e variedade de condições) que nunca seríamos capazes de dominá-la intelectualmente ou de ordenar seus elementos —teremos menor poder sobre os detalhes dessa ordem do que o teríamos sobre os de uma ordem que produzíssemos ordenando nós mesmos seus elementos. No caso das ordens espontâneas, podemos, determinando alguns dos fatores que as conformam, fixar suas linhas abstratas, mas seremos obrigados a abandonar os pormenores a circunstâncias que desconhecemos. Assim, apoiando-nos nas forças espontaneamente ordenadoras, tornamo-nos capazes de ampliar o âmbito ou abrangência da ordem cuja formação podemos induzir, precisamente porque sua manifestação específica dependerá de um número de circunstâncias muito maior do que podemos apreender — e, no caso de uma ordem social, porque essa ordem utilizará o

conhecimento disperso entre todos os seus vários membros. sem que este venha jamais a se concentrar numa única mente, ou a se submeter aos processos intencionais de coordenação e adaptação realizados pela mente.

Por conseguinte, nosso controle sobre a ordem mais ampla e mais complexa será muito menor do que aquele que poderíamos exercer sobre uma ordem feita, ou taxis. A primeira terá muitos aspectos sobre os quais não exerceremos absolutamente nenhum controle, ou que, pelo menos, não seremos capazes de alterar sem interferir nas forças que produzem a ordem espontânea, observando-as. Qualquer desejo que possamos ter quanto à posição especifica de elementos individuais, ou á relação entre indivíduos ou grupos específicos, não poderia ser satisfeito sem se perturbar a ordem global. Não poderíamos ter sobre uma ordem espontânea, da qual só seriamos capazes de influenciar aspectos abstratos, o mesmo poder que teríamos sobre uma disposição concreta, ou taxis.

É importante observar que há dois diferentes aspectos em que a ordem pode ser uma questão de grau. A boa ordem de um conjunto de objetos ou eventos depende de quantos atributos dos elementos (ou de suas relações) podemos aprender a prever. Sob esse aspecto, ordens diferentes podem diferir entre si de uma destas maneiras, ou de ambas: primeiro, a ordenação pode referir-se somente a um número muito pequeno de relações entre os elementos ou a um grande número dessas relações; segundo, a regularidade assim definida pode ser grande no sentido de que será confirmada em todas ou quase todas as circunstâncias, ou pode

revelar-se apenas na maior parte dos casos, permitindo-nos desse modo prever sua ocorrência com relativo grau de probabilidade. No primeiro caso, podemos prever somente alguns traços da estrutura resultante, embora com grande segurança; semelhante ordem seria limitada, mas poderia mesmo assim ser perfeita. No segundo caso, seremos capazes de prever muito mais, mas somente com razoável grau de certeza. Será, porém, sempre útil saber da existência de uma ordem, ainda que esta seja limitada em um ou em ambos os aspectos; pode ser preferível ou mesmo indispensável apoiarmo-nos em forças espontaneamente ordenadoras, embora a ordem para a qual um sistema tende seja, na verdade, apenas mais ou menos imperfeitamente alcançada. A ordem de mercado, em particular, assegurará em geral apenas certa probabilidade de que as relações previstas prevaleçam; não obstante, esta 6 a única maneira pela qual tantas atividades dependentes de conhecimento disperso podem ser efetivamente integradas numa ordem única.

As ordens espontâneas decorrem da obediência de seus elementos a certas normas de conduta

Já assinalamos que a formação de ordens espontâneas decorre do fato de seus elementos seguirem certas normas ao reagir ao ambiente imediato. A natureza dessas normas ainda requer um exame mais completo, em parte porque a palavra 'norma' (*'rule'*) tende a sugerir algumas ideias equivocadas, e em parte porque as normas que determinam uma ordem espontânea diferem, sob importantes aspectos, de um outro tipo de norma, necessário à regulação de uma organização ou taxis.

Quanto à primeira questão, os exemplos que demos de ordens espontâneas da física são instrutivos por demonstrarem claramente que as normas que regem as ações dos elementos desse tipo de ordem não precisam ser normas por eles 'conhecidas' basta que os elementos de fato se comportem de uma maneira que possa ser definida por tais normas. O conceito de norma, conforme o utilizamos neste contexto, não implica portanto que tais normas existam sob formas expressas ('verbalizadas'), mas somente que é possível descobrir normas às quais as ações dos indivíduos de fato obedecem. Para enfatizar isso, falamos ocasionalmente de 'regularidade', ao invés de normas, mas regularidade, é claro, significa simplesmente que os elementos se comportam segundo normas.

O fato de que normas nesse sentido existem e atuam sem ser explicitamente conhecidas por aqueles que obedecem a elas aplica-se também a muitas das normas que regem as ações dos homens, determinando assim a ordem social espontânea. O homem certamente não conhece todas as normas que orientam suas ações no sentido de ser capaz de expressá-las em palavras. Pelo menos na sociedade humana primitiva, quase tanto quanto em sociedades animais, a estrutura da vida social é determinada por normas de conduta que só se manifestam por serem de fato observadas. Somente quando alguns intelectos começam a discrepar em grau significativo torna-se necessário expressar essas normas de uma forma que permita comunicá-las e ensiná-las explicitamente, corrigir o comportamento discordante e dirimir as divergências de opinião sobre o comportamento apropriado. Embora o homem nunca tenha existido sem

obedecer a leis, é claro que, por centenas de milhares de anos, existiu sem as 'conhecer', no sentido de ser capaz de enunciá-las.

Ainda mais importante neste contexto, porém, é que nem toda regularidade no comportamento dos elementos assegura uma ordem global. Algumas normas que regem o comportamento individual poderiam evidentemente impossibilitar de todo a formação de uma ordem global. Nosso problema é que espécie de normas de conduta produzirá uma ordem social e que espécie de ordem será produzida por normas especificas.

O exemplo clássico de normas de comportamento de elementos que não produzirão ordem é dado pelas ciências físicas: trata-se da segunda lei da termodinâmica ou a lei da entropia, segundo a qual a tendência das moléculas de um gás a se moverem em velocidades constantes em linha reta produz um estado para o qual se cunhou a expressão 'desordem perfeita'. Do mesmo modo, é evidente que, na sociedade, um comportamento perfeitamente regular dos indivíduos poderia produzir apenas desordem: se a norma prescrevesse a todo individuo tentar matar qualquer outro que encontrasse, ou fugir assim que avistasse outro, o resultado óbvio seria a completa impossibilidade de uma ordem em que as atividades dos indivíduos se baseassem na colaboração com os demais.

Portanto, a sociedade só pode existir se, mediante um processo de seleção, tiverem evoluído normas que levam os indivíduos a se comportar de maneira a tornar possível a vida social. É preciso lembrar que, para esse fim, a seleção operará da mesma forma que entre sociedades de diferentes tipos, isto é, será orientada pelas propriedades de suas respectivas ordens;

mas que, por sua vez, as propriedades nas quais essa ordem se fundamenta serão propriedades dos indivíduos, a saber, sua propensão a obedecer a certas normas de conduta sobre as quais assenta a ordem de ação do grupo.

Em outras palavras: numa ordem social, as circunstâncias especificas a que cada individuo reagirá serão as que ele conhece. Mas as reações individuais a circunstâncias particulares só resultarão numa ordem global se os indivíduos obedecerem a normas tais que produzam uma ordem, Mesmo uma semelhança muito limitada no seu comportamento pode ser suficiente, desde que as normas obedecidas por todos sejam propicias á produção de uma ordem. Tal ordem constituirá sempre uma adaptação à multiplicidade de circunstâncias conhecidas por todos os membros dessa sociedade em seu conjunto, mas não conhecidas em sua totalidade por ninguém em particular. Isso não implica necessariamente que as varias pessoas, em circunstâncias semelhantes, farão exatamente a mesma coisa, mas apenas que, para a formação de uma tal ordem global, é preciso que, sob alguns aspectos, todos os indivíduos sigam normas inequívocas, ou que suas ações se limitem ã certo âmbito. Em outras palavras, as reações dos indivíduos ao que ocorre em seu ambiente só precisam ser semelhantes sob certos aspectos abstratos para garantir que resulte determinada ordem global.

A questão de importância central tanto para a teoria social quanto para a politica social é. pois, quais devem ser as propriedades das normas para que as ações isoladas dos indivíduos produzam uma ordem global. Algumas dessas normas serão obedecidas por todos os indivíduos de uma

sociedade porque o ambiente se apresenta às suas mentes de maneira semelhante. Outras eles seguirão espontaneamente, porque serão parte de sua tradição cultural comum. Mas haverá ainda outras a que talvez precisem ser compelidos a obedecer, pois, embora fosse do interesse de cada um não levá-las em conta, a ordem geral da qual depende a eficácia de suas ações só advirá se as normas forem obedecidas por todos.

Numa sociedade moderna, baseada no intercâmbio, uma das principais regularidades do comportamento individual resultará da semelhança das situações em que a maioria dos indivíduos se encontra ao trabalhar para auferir uma renda: o que significa que, normalmente, preferirão um retorno maior por seus esforços a um menor e, com frequência, farão maior esforço em determinada direção caso as perspectivas de retorno melhorem. Esta norma será seguida com frequência suficiente para conferir a essa sociedade certo tipo de ordem. Mas, ainda que a maioria das pessoas observe essa norma, o caráter da ordem resultante permanecerá muito indefinido, e essa observância por si só certamente não bastaria para lhe conferir um caráter benéfico. Para que a ordem resultante seja benéfica, é preciso que as pessoas observem também certas normas convencionais, isto é, normas que não decorrem simplesmente de suas aspirações e de sua percepção de relações de causa e efeito, mas que são prescritivas, dizendo-lhes o que devem ou não fazer.

Examinaremos adiante, de modo mais completo, a relação precisa entre os vários tipos de normas a que as pessoas de fato obedecem e a ordem de ações resultantes. Trataremos sobretudo, nessa ocasião, daquelas

normas que, por serem passiveis de alteração intencional, se tornam o principal instrumento pelo qual podemos alterar a ordem resultante, a saber, as normas jurídicas. Por ora, devemos deixar claro que, conquanto as normas em que se baseia uma ordem espontânea possam ser também de origem espontânea, nem sempre isso ocorrerá. Embora não haja dúvida de que a ordem se tenha originalmente formado de modo espontâneo em decorrência de os indivíduos terem observado normas não deliberadamente feitas, mas surgidas espontaneamente, com o tempo as pessoas aprenderam a aperfeiçoá-las. Portanto, e concebível que a formação de uma ordem espontânea dependa por completo de normas deliberadamente criadas. O caráter espontâneo da ordem resultante deve, pois, ser distinguido da origem espontânea das normas nas quais se fundamenta, e é possível que uma ordem que ainda devêssemos chamar espontânea repouse em normas inteiramente decorrentes de criação intencional. óbvio que, na sociedade que conhecemos, apenas algumas das normas efetivamente observadas — a saber, algumas das normas jurídicas (mas nunca todas, mesmo desse tipo) — serão produto de criação intencional, ao passo que a maioria das normas morais e costumeiras será fruto de evolução espontânea.

Mesmo uma ordem baseada em normas feitas pode ter caráter espontâneo, o que é demonstrado pelo fato de sua manifestação especifica depender sempre de muitas circunstâncias que o criador dessas normas não conhecia nem poderia conhecer. O conteúdo específico da ordem dependerá das circunstâncias concretas conhecidas apenas pelos indivíduos que obedecem às normas e as aplicam a fatos que só eles

conhecem. Será através do conhecimento que esses indivíduos têm tanto das normas quanto dos fatos particulares que normas e fatos determinarão a ordem resultante.

A ordem espontânea da sociedade é constituída de indivíduos e organizações

Em qualquer grupo de homens suficientemente numeroso, a colaboração se baseará tanto na ordem espontânea quanto na organização intencional. Não há dúvida de que para muitas tarefas limitadas a organização é o método mais poderoso de coordenação eficaz, porque nos permite adaptar muito mais plenamente a ordem resultante aos nossos desejos, enquanto nas ocasiões em que, dada a complexidade das circunstâncias a serem consideradas, temos de confiar nas forças que propiciam uma ordem espontânea nosso poder sobre o conteúdo especifico dessa ordem é necessariamente limitado.

A coexistência regular dos dois tipos de ordem em toda sociedade de qualquer grau de complexidade não significa, contudo, que possamos combiná-los â nossa vontade. O que na verdade constatamos em todas as sociedades livres e que, embora grupos de homens se unam em organizações para a consecução de alguns fins específicos, a coordenação das atividades de todas essas várias organizações, bem como dos diversos indivíduos, é produzida pelas forças que favorecem uma ordem espontânea. A família, a propriedade rural, a fábrica, a pequena e a grande empresa e as diversas associações, e todas as instituições públicas, entre as quais o governo, são organizações que, por sua vez, estão integradas numa

ordem espontânea mais abrangente. É aconselhável reservar o termo 'sociedade' para designar essa ordem global espontânea, de modo a podermos distingui-la de todos os grupos organizados que existirão em seu interior, bem como dos grupos menores e mais ou menos isolados como a horda, a tribo ou o clã, cujos membros agirão, pelo menos sob certos aspectos, em obediência a uma orientação central voltada para propósitos comuns. Em alguns casos, será o mesmo grupo que, às vezes — por exemplo, quando empenhado na maior parte de sua rotina diária —, atuará como uma ordem espontânea mantida pela observância de normas convencionais (*convencional mies*), sem necessidade de determinações especificas (*commands*), enquanto em outras ocasiões, como na caça, na migração ou no combate, agirá como uma organização submetida à vontade de um chefe.

A ordem espontânea a que chamamos sociedade tampouco precisa ter limites tão nítidos quanto os das organizações em geral. Com frequência haverá um núcleo, ou vários, de indivíduos mais estreitamente relacionados que ocupam posição central numa ordem mais frouxamente articulada porém mais vasta. Tais sociedades particulares no interior da Grande Sociedade podem surgir como resultado da proximidade espacial ou de outras circunstâncias especiais que produzem relações mais atreitas entre seus membros. Diferentes sociedades parciais desse gênero frequentemente se sobrepõem, e cada indivíduo, além de ser membro da Grande Sociedade, pode participar de inúmeras outras sociedades parciais ou subordens espontâneas, bem como de várias organizações existentes no âmbito da Grande Sociedade abrangente.

Entre as organizações existentes no interior da Grande Sociedade, uma ocupa em geral posição muito especial, aquela a que chamamos governo Embora seja concebível que a ordem espontânea a que chamamos sociedade possa existir sem governo, desde que o mínimo de normas exigido para a formação da mesma seja observado na ausência de um aparelho organizado para fazê-las cumprir, na maioria das circunstâncias a organização denominada governo se torna indispensável para garantir a sua observância.

Essa função especifica do governo se assemelha à da equipe de manutenção de uma fábrica, sendo seu objetivo não produzir um serviço ou produto particular a ser consumido pelos cidadãos, mas fazer com que o mecanismo regulador da produção desses bens e serviços se conserve em boas condições de funcionamento. Os propósitos para os quais essa maquinaria é utilizada num dado momento serão determinados por aqueles que operam seus componentes e, em última instância, por aqueles que lhe compram os produtos.

No entanto, a mesma organização encarregada de manter em ordem uma estrutura operacional que os indivíduos utilizarão com vistas a seus próprios fins, além de garantir a observância das normas em que se baseia a ordem, deverá também em geral prestar outros serviços que a ordem espontânea não tem condições de fornecer de maneira adequada. Essas duas diferentes funções do governo não são em geral nitidamente separadas; não obstante, como veremos, a distinção entre as funções coercitivas, pelas quais o governo faz cumprir normas de conduta, e as funções de serviço,

pelas quais deve simplesmente administrar recursos postos à sua disposição, é de importância fundamental. Nesta última, o governo é uma organização entre Outras e, como as demais, é parte de uma ordem geral espontânea, enquanto na primeira proporciona uma condição essencial para a preservação da ordem geral.

Em inglês é possível, e por muito tempo foi habitual, tratar desses dois tipos de ordem em termos da distinção entre 'sociedade' e 'governo'. Não é necessário introduzir na discussão desses problemas, enquanto se está considerando um único pais, o termo, de forte conotação metafísica, 'estado'. Foi basicamente por influência do pensamento da Europa continental, sobretudo o hegeliano, que, no curso dos últimos cem anos, se adotou amplamente o costume de falar do 'estado' (de preferência com 'E' maiúsculo) em casos em que 'governo' seria mais apropriado e preciso. No entanto, quem atua ou adota uma politica é sempre a organização a que chamamos governo; e em nada contribui para a clareza introduzir fora de propósito o termo 'estado' quando 'governo' é suficiente. Isso se torna particularmente enganoso quando o termo 'atado', ao invés de 'governo', é usado em contraposição a 'sociedade' para indicar que o primeiro é uma organização e o segundo uma ordem espontânea.

As normas das ordens espontâneas e as normas organizacionais

Uma de nossas principais teses é que, embora ordem espontânea e organização devam sempre coexistir, não é possível combinar esses dois

princípios de ordem a nosso bel-prazer. Isso é em gerai pouco compreendido porque, para a determinação de ambos os tipos de ordem, temos de nos valer de normas, e porque as diferenças importantes entre as normas exigidas pelas duas modalidades de ordem frequentemente não são percebidas.

Em certa medida, toda organização deve basear-se também em normas e não só em determinações específicas. O motivo, neste caso, é o mesmo por que uma ordem espontânea deve fundar-se somente em normas, ou seja, dirigindo as ações de indivíduos por meio de normas em vez de determinações específicas é possível fazer uso de conhecimento que ninguém possui em sua totalidade. Toda organização cujos membros não sejam meros instrumentos do organizador só estipulará mediante determinações as funções a serem executadas por cada membro, os propósitos a serem atingidos e certos aspectos gerais dos métodos a serem empregados, deixando que os detalhes sejam decididos pelos indivíduos com base em seu respectivo conhecimento e em suas habilidades.

A organização se vê nesse caso em face do problema com que se defronta qualquer tentativa de introduzir ordem em atividades humanas complexas: o organizador precisará exigir que os indivíduos que deverão participar do trabalho utilizem conhecimentos que ele próprio não possui. Em nenhum tipo de organização, salvo o mais rudimentar, é possível conceber que todos os detalhes de todas as atividades sejam controlados por uma única mente. Sem dúvida ninguém foi ainda capaz de regular deliberadamente todas as atividades desenvolvidas numa sociedade complexa. Se alguém um dia conseguisse organizar plenamente tal

sociedade, esta já não mais utilizaria muitas mentes, passando a depender de uma única; sem dúvida não seria uma sociedade muito complexa, mas uma sociedade extremamente primitiva — e logo assim também se tornaria a mente cujo conhecimento e vontade regulasse todas as coisas. No planejamento de semelhante ordem só poderiam ser incluídos os fatos conhecidos e assimilados por essa mente; e, como apenas esse indivíduo teria o poder de decidir quanto á ação, e assim adquirir experiência, desaparecia por completo aquela interação de muitas mentes indispensável ao desenvolvimento da mente individual.

O que distingue as normas que governam a ação no âmbito de uma organização é terem de ser regras para a execução de tarefas especificas. Pressupõem que o lugar de cada indivíduo numa estrutura fixa é estipulado por determinação e que as normas a que cada indivíduo deve obedecer dependem do lugar que lhe foi atribuído e das metas especificas que lhe foram indicadas pela autoridade dirigente. As normas, portanto, regularão apenas os detalhes da ação de funcionários nomeados ou órgãos governamentais.

As normas organizacionais são, pois, necessariamente, subsidiárias das determinações, preenchendo as lacunas por estas deixadas. Tais normas serão diferentes para os diversos membros da organização, segundo os vários papeis a estes atribuídos, e deverão ser interpretadas à luz dos objetivos fixados pelas determinações. Sem a atribuição de uma função e a definição dos fins visados por determinações especificas, a norma abstrata por si só não bastaria para informar a cada indivíduo o que fazer.

Em contrapartida, as normas que regem uma ordem espontânea; devem ser independentes de propósitos e devem ser as mesmas, senão para todos os membros, pelo menos para a totalidade das classes de membros não identificados individualmente. Devem ser, conforme veremos, normas aplicáveis a um número desconhecido e indeterminável de pessoas e situações. Terão de ser aplicadas pelos indivíduos á luz de seus respectivos conhecimento e propósitos; e sua aplicação independerá de qualquer propósito comum, que o indivíduo não precisa sequer conhecer.

Nos termos que adotamos, isso significa que as normas gerais de direito sobre as quais a ordem espontânea se funda visam a uma ordem abstrata, cujo conteúdo particular ou concreto não é conhecido ou previsto por ninguém; ao passo que as determinações, bem como as normas que regem uma organização, servem a resultados particulares visados por seus dirigentes. Quanto mais complexa a ordem pretendida, maior o papel das ações isoladas que deverão ser motivadas por circunstâncias desconhecidas pelos que dirigem o conjunto, e mais o controle dependerá de normas e não de determinações especificas. Nos tipos mais complexos de organização, de fato, a autoridade suprema se limitará praticamente a atribuir funções especificas e a fixar o objetivo geral, ao passo que a execução dessas funções será regulada exclusivamente por normas — e, ainda assim, por normas que, pelo menos até certo ponto, são próprias das funções atribuídas a pessoas específicas. Só ao passarmos do maior tipo de organização, o governo — que, enquanto organização, deve ainda dedicar-se a uma série limitada e determinada de propósitos específicos —, para a ordem global da sociedade

é que encontramos uma ordem baseada exclusivamente em normas e de caráter inteiramente espontâneo.

A estrutura da sociedade moderna alcançou o grau de complexidade que tem, e que supera de muito qualquer outro que poderia ter sido alcançado mediante organização intencional, justamente por não ' depender de organização, tendo-se desenvolvido, ao contrário, como uma ordem espontânea. Na verdade, é claro, as normas que possibilitaram o desenvolvimento dessa ordem complexa não foram de inicio intencionalmente elaboradas com vistas a tal resultado; mas os povos que vieram a adotar normas adequadas desenvolveram uma civilização complexa que mais tarde muitos vezes se estendeu a outros povos. Afirmar que devemos planejar deliberadamente a sociedade moderna porque ela se tornou tão complexa é, portanto, paradoxal, e resulta de uma total incompreensão dessas circunstâncias. Ao contrário, só podemos preservar uma ordem de tal complexidade não pelo método que consiste em dirigir seus membros, mas indiretamente, fazendo cumprir e aperfeiçoando as normas que propiciam a formação de uma ordem espontânea.

Veremos que é impossível não só substituir a ordem espontânea por organização e ao mesmo tempo utilizar ao máximo o conhecimento disperso de todos os seus membros, como também aperfeiçoar e corrigir essa ordem nele interferindo por determinações diretas. Nunca será racional adotar tal combinação de ordem espontânea e organização. Embora seja razoável suplementar as determinações que regem uma organização com normas subsidiárias, e usar as organizações como elementos de uma ordem espontânea, nunca será vantajoso suplementar as normas que regem uma ordem espontânea

pelo recurso a determinações isoladas e subsidiárias relativas àquelas atividades em que as ações são norteadas pelas normas gerais de conduta. Este é o cerne da argumentação contrária à 'interferência' ou 'intervenção' na ordem do mercado. Essas determinações isoladas que exigem ações específicas dos membros da ordem espontânea jamais poderão aperfeiçoar essa ordem — levando ao contrário, necessariamente, a seu rompimento — porque serão endereçadas a uma parte de um sistema de ações interdependentes, determinadas por informação e guiadas por propósitos só conhecidos pelos vários indivíduos em ação, mas não pela autoridade dirigente. A ordem espontânea advêm do fato de cada elemento contrabalançar todos os vários fatores que sobre ele atuam, e ajustar todas as suas ações umas às outras, equilíbrio que será destruído se algumas das ações forem determinadas por outro agente com base em outros conhecimentos e a serviço de objetivos diferentes.

Portanto, o que a argumentação geral contra a 'interferência' implica é que, embora possamos empenhar-nos em aperfeiçoar uma ordem espontânea pelo exame e retificação das normas gerais sobre as quais se fundamenta, e possamos suplementar seus resultados pelos esforços de várias organizações, não nos é possível aperfeiçoar os resultados mediante determinações especificas que privem seus membros da possibilidade de usar seu conhecimento em função "de seus propósitos.

Analisaremos, ao longo deste livro, de que forma esses dois tipos de normas serviram de modelo a dois conceitos de direito totalmente diferentes, e como isso permitiu que autores, usando a mesma palavra 'direito', tenham falado na verdade de coisas diversas. Isso se manifesta com sua maior clareza na oposição que encontramos, ao longo da história, entre os autores para quem

direito e liberdade eram inseparáveis[11] e aqueles para quem eram incompatíveis. Encontramos uma longa tradição, que se estende desde os gregos antigos e Cícero[12], atravessa a Idade Média[13], passa pelos liberais clássicos como John Locke, David Hume, Immanuel Kant[14] e os filósofos escoceses da moral e chega até diversos estadistas americanos dos séculos XIX e XXI[15], para quem direito e liberdade não podiam existir separadamente; já para Thomas Hobbes, Jeremy Bentham[16], muitos pensadores franceses[17] e os positivistas jurídicos modernos, o direito

11 Ver J. Bentham, 'Principies of the civil code’ em Theory of Legislation, editado por C. K. Ogden (Londres, 1931), página 98: 'Não se podem fazer leis exceto à custa da liberdade'. Também em Deontology (Londres e Hdimburgo, 1834), vol. 2, página 59: Poucas palavras, com suas derivações, foram mais perniciosas que a palavra liberdade. Quando significa algo além de mero capricho e dogmatismo, significa bom governo; e se 'bom governo' tivesse tido a sorte de ocupar na mente do povo o mesmo lugar que foi ocupado pela 'liberdade', dificilmente teriam sido cometidos os crimes e loucuras que desgraçaram e retardaram o progresso do aperfeiçoamento político. A definição usual de liberdade — a de que é o direito de fazer tudo o que as leis não proíbem — mostra com que negligência se usam as palavras na linguagem habitual falada ou escrita; pois se as leis forem más, que será da liberdade? e se as leis forem boas, onde reside seu valor? As boas leis têm um significado definido e inteligivel; buscam alcançar um fim evidentemente útil por meios obviamente apropriados.

12 Ver por exemplo Jean Salvaire, 'Autorité et liberté' (Montpcllier, 1932), páginas 65 et seq., segundo quem ‘a completa realização da liberdade nada mais é, de fato, que a completa abolição do direito. (...) Direito e liberdade são mutuamente exclusivos’.

13 Fara um uso característico da distinção entre 'organismo' e 'organização', ver Adolf Wagner, Grundlegung der poliíischen Õkonomie, I. Grundlagen der Volkswirtschaft (Leipzig, 1876), § § 149 e 299.

14 Ver Immanuel Kant, Krítik der Urteilskraft (Berlim, 1790), Parte 2, seção 1, § 65n: 'So hat man sich bei ciner neuerlich unternommcnen gãnzlichen Umbildung eines grossen Volkes zu einen Staat des Wortes Organisation hàufig für Einrichtung der Magistraturen usw. und selbst des ganzen Staatskürpers sehr schicklich bedient'.

15 Ver H. Balzac, Autre étude de femme, em La Comédie Humaine, edição Pleiade, vol. 3, página 226: 'Organiscr, par example, est un mot de 1'Empire et qui contient Napoleón tout entier'.

16 Ver, por exemplo, a revista editada por H. de Saint-Simon e Auguste Comte, Organisateur, reeditada em Oeuvres de Saint-Simon et d'Enfantin (Paris, 1865—78), vol. 20, especialmente página 220, na qual o objetivo do trabalho é definido como “D'Imprimer au XIX siècle le caractère organisateur”.

17 Ver em particular Louis Blanc, Organisation du travail (Paris, 1839), e H. Ahrens, *Rechtsphilosophie*, quarta edição (Viena, 1852), sobre 'organização' como a palavra mágica dos comunistas e socialistas; ver

significa necessariamente uma usurpação da liberdade. Esse aparente conflito entre longas estirpes de grandes pensadores não significa que tenham chegado a conclusões opostas, mas simplesmente que usaram a palavra 'direito' em sentidos diferentes.

Os termos 'organismo' e 'organização'

Cabe acrescentar algumas observações acerca dos termos que, no passado, foram mais comumente empregados nas discussões sobre a distinção examinada neste capítulo. Desde o começo do século XIX os termos 'organismo' e 'organização' foram frequentemente usados para contrapor os dois tipos de ordem. Uma vez que consideramos aconselhável evitar o primeiro termo e adotar o segundo num sentido especifico, talvez se imponham alguns comentários acerca de sua história.

Era natural que a analogia com o organismo fosse usada desde a Antiguidade para explicar a ordem espontânea da sociedade, visto que os organismos eram a única forma de ordem espontânea de conhecimento geral. Eles constituem, de fato, uma forma de ordem espontânea, e como tal apresentam muitas das características de outras ordens espontâneas. Era, portanto, tentador tomar emprestado da linguagem a eles referente termos como 'crescimento', 'adaptação' e 'função'. Mas os organismos são ordens

---

também Francis Lieber, 'Anglican and Gallican libertv' (1848), em *Miscelaneous Writings* (Filadélfia, 1881), vol. 2, página 385: O fato de a liberdade galicana assentar na *organização,* enquanto a liberdade anglicana tende á evolução, explica por que na França as instituições experimentaram um aperfeiçoamento e uma expansão tão reduzidos; mas quando se busca uma melhoria, verifica-se a total abolição da situação anterior — um inicio *ab ovo* —, uma rediscussão dos primeiros princípios elementares.

espontâneas de tipo muito peculiar, possuindo também propriedades de modo algum apresentadas necessariamente por todas as ordens espontâneas; por consequência, a analogia logo se toma mais enganosa que elucidativa[18].

A principal peculiaridade dos organismos, a distingui-los das ordens espontâneas da sociedade, é que neles a maioria dos elementos individuais ocupa lugares fixos que, pelo menos a partir do momento em que o organismo esteja maduro, conservam definitivamente. Em geral, são também sistemas mais ou menos constantes, consistindo em um número fixo de elementos que, embora possam ser parcialmente substituídos por outros equivalentes, mantém no espaço uma ordem facilmente perceptível. Os organismos são, consequentemente, nos termos que adotamos, ordens mais concretas que as ordens espontâneas da sociedade, as quais podem ser preservadas mesmo quando o número total de seus elementos se modifica e os elementos individuais trocam de lugar. Esse caráter relativamente concreto da ordem dos organismos expressa-se no fato de que sua existência como totalidades distintas pode ser intuitivamente apreendida pelos sentidos, enquanto a ordem espontânea abstrata das estruturas sociais geralmente só pode ser reconstruída pela mente.

A interpretação da sociedade como um organismo tem sido usada, quase invariavelmente, para corroborar ideias hierárquicas e autoritárias que não encontram apoio no conceito mais geral de ordem espontânea. Na verdade, desde que Menénio Agripa, por ocasião da primeira secessão da plebe romana,

---

18 Edmund Burke, 'Letter to W. Elliot' (1795), em Works (Londres, 1808), vol. 7, página 366:

Essas analogias entre corpos naturais e políticos, embora possam por vezes ilustrar argumentações, não apresentam prova alguma da própria validade. São usadas com excessiva freqüência, sob pretexto de uma fisolofia capciosa, para justificar a desesperança da preguiça c da pusilanimidade, e para desculpar a ausência de todo esforço varonil quando as necessidades prementes do nosso pais mais o exigem.

utilizou a metáfora organísmica para justificar os privilégios de um grupo especifico, essa metáfora foi provavelmente usada inúmeras vezes com propósitos semelhantes.

A ideia de que se deve atribuir posições fixas a elementos específicos segundo suas distintas funções' e a determinação muito mais concreta própria das estruturas biológicas se comparadas ao caráter abstrato das estruturas espontâneas da sociedade tornaram de fato a concepção organismica de valor muito questionável para a teoria social, Essa ideia foi usada ainda mais abusivamente que o próprio termo 'ordem' quando interpretado como ordem feita ou tais, e foi frequentemente usada na defesa de uma ordem hierárquica, da necessidade de estratificação, da relação de mando e obediência, ou da preservação das posições estabelecidas de indivíduos específicos, tendo por esse motivo, com razão, se tornado suspeita.

Por outro lado, o termo 'organização' — muito utilizado no século XIX em contraposição a 'organismo' para expressar a distinção que estivemos discutindo[19], e que conservaremos para designar uma ordem feita ou taxis é de origem relativamente recente. Ao que parece, passou ao uso geral na época da Revolução Francesa, em relação à qual Kant uma vez observou que, 'na reconstrução de um grande estado recentemente empreendida por um grande povo, a palavra organização foi muitas vezes, e com propriedade, usada para designar a instituição das magistraturas e até do

19 Fara um uso característico da distinção entre 'organismo' e 'organização', ver Adolf Wagner, Grundlegung der poliíischen Õkonomie, I. Grundlagen der Volkswirtschaft (Leipzig, 1876), § § 149 e 299.

estado em sua totalidade[20]. A palavra se tornou típica do espirito do período napoleônico[21] e veio a ser o conceito central dos planos para a 'reconstrução da sociedade' dos principais fundadores do socialismo moderno — os saintsimonianos — de Augusto Comte22[22]. Até que o termo 'socialismo' passasse ao uso corrente, falar em 'organização da sociedade como um todo' era, de fato, a maneira considerada adequada de se referir ao que agora chamamos de socialismo[23]. Seu papel central, sobretudo no pensamento francês durante a primeira metade do século XIX, foi claramente percebido pelo jovem Ernest Renan que, em 1849, já falava do ideal de uma 'organização cientifica da humanidade como a última palavra da ciência moderna e sua ousada mas legítima ambição'[24].

---

20 Ver Immanuel Kant, Krítik der Urteilskraft (Berlim, 1790), Parte 2, seção 1, § 65n: 'So hat man sich bei ciner neuerlich unternommcnen gãnzlichen Umbildung eines grossen Volkes zu einen Staat des Wortes Organisation hàufig für Einrichtung der Magistraturen usw. und selbst des ganzen Staatskürpers sehr schicklich bedient'.

21 Ver H. Balzac, Autre étude de femme, em La Comédie Humaine, edição Pleiade, vol. 3, página 226: 'Organiscr, par example, est un mot de 1'Empire et qui contient Napoleón tout entier'.

22 Ver, por exemplo, a revista editada por H. de Saint-Simon e Auguste Comte, Organisateur, reeditada em Oeuvres de Saint-Simon et d'Enfantin (Paris, 1865—78), vol. 20, especialmente página 220, na qual o objetivo do trabalho é definido corno 'DMmprimer au XIX siècle le caractère organisateur'.

23 Ver em particular Louis Blanc, Organisation du travail (Paris, 1839), e H. Ahrens, Rechtsphilosophie, quarta edição (Viena, 1852), sobre 'organização' como a palavra mágica dos comunistas e socialistas; ver também Francis Lieber, 'Anglican and Gallican libertv' (1848), em Misce/laneous Writings (Filadélfia, 1881), vol. 2, página 385: O fato de a liberdade galicana assentar na organização, enquanto a liberdade anglicana tende á evolução, explica por que na França as instituições experimentaram um aperfeiçoamento e uma expansão tão reduzidos; mas quando se busca uma melhoria, verifica-se a total abolição da situação anterior — um inicio ab ovo —, uma rediscussão dos primeiros princípios elementares.

24 Ver Ernest Renan, LJAvenir de ia Science (1890), em Oeuvres completes (Paris, 1949), vol. 3, página 757: 'ORGAN1SER SCIENTIFIQUEMENT L'HUMANITÉ, tel est donc le dernier mot de la science moderne, telle est son audacieuse mais légitime prétention*.

Em inglês, a palavra 'organização' aparentemente passou ao uso geral por volta de 1790, como um termo técnico para designar uma 'ordenação sistemática para um propósito definido'[25]. Mas foram os alemães que a adotaram com especial entusiasmo e foi a seus olhos que logo pareceu expressar uma qualidade peculiar na qual se supunham superiores aos outros povos. Isso chegou mesmo a provocar uma curiosa rivalidade entre scholars franceses e alemães que, durante a Primeira Guerra Mundial, engajaram-se numa batalha literária um tanto cómica, travada por sobre as linhas de combate, para decidir qual das duas nações tinha maior direito a reivindicar a posse do segredo da organização[26].

Ao restringir neste estudo o termo a uma ordem feita ou taxis, seguimos o que aparentemente se tornou o uso corrente na sociologia e especialmente naquilo que é conhecido como 'teoria da organização'[27]. A ideia de organização, neste sentido, é uma consequência natural da descoberta dos poderes do intelecto humano e especialmente da atitude geral do racionalismo construtivista. Essa ideia pareceu por muito tempo o único processo pelo qual uma ordem que atendesse aos propósitos humanos poderia ser deliberadamente alcançada, e ela é de fato o método inteligente e eficaz para a consecução de determinados resultados conhecidos e previsíveis. Mas, assim como seu desenvolvimento é uma das

25 'Ver Shorter Oxford Dictionary, s.v. 'organization', que mostra, no entanto, que o termo já era usado por John Locke.

26 26Jean Labadie (ed.), LfAllemagne, a-t-elle le secret de 1'organisation? (Paris, 1916).

27 27Ver Dwight Waldo, 'Organization theory: an elcphantine problem', Public Administrar ion Review, xxx, 1961, e reeditado em General Systems, Yearbook of the Society for General System Research, VJIf J962, cujo volume VI contém uma útil coletânea de artigos sobre a teoria da organização.

grandes realizações do construtivismo, assim também o desprezo que demonstra pelos próprios limites é um dos seus mais graves defeitos. Não leva em conta o fato de que o desenvolvimento da mente capaz de dirigir uma organização, e o da ordem mais abrangente em cujo âmbito funcionam as organizações, baseia-se em adaptações ao imprevisível, e que a única possibilidade de transcender a capacidade das mentes individuais é valer-se das forças 'autoorganizadoras' e suprapessoais que geram as ordens espontâneas.

TRÊS

Capítulo 3 - Princípios e oportunismo

Recorrer com frequência a princípios fundamentais é absolutamente necessário à preservação das bênçãos da liberdade.

CONSTITUIÇÃO DA CAROLINA DO NORTE*

Objetivos individuais e benefícios coletivos

A finalidade deste livro é demonstrar que um estado de liberdade em que todos possam usar seu conhecimento com vistas a seus propósitos, limitados apenas por normas de conduta justa de aplicação universal, tenderá a propiciar-lhes as melhores condições para a consecução de seus objetivos; e que tal sistema, provavelmente, só será conquistado e mantido se toda autoridade — nela compreendida a da maioria do povo — for limitada, no exercido do poder coercitivo, por princípios gerais com que a comunidade se tenha comprometido. A liberdade individual, onde quer que tenha existido, resultou em grande parte de um respeito generalizado por tais princípios, embora estes nunca tenham sido plenamente expressados em documentos constitucionais. A liberdade foi preservada

* Constituição do Estado da Carolina do Norte. A ideia foi provavelmente tomada dos Essays de David Hume, em Works III, página 482: 'Um governo, diz Maquiavel, precisa muitas vezes ser reconduzido a seus princípios originais'. Uma primeira versão deste capítulo foi publicada em Towards Liberty, Essays in Honor of Ludwig von Mises (Menlo Park, Calif., 1971), vol. 1.

por longos períodos porque tais princípios, percebidos de maneira vaga e indistinta, nortearam a opinião pública. As instituições com que os países do mundo ocidental tentaram resguardar a liberdade individual da progressiva intrusão do governo sempre se provaram inadequadas quando transpostas para países onde tais tradições não vigoravam. E essas instituições não forneceram proteção suficiente contra os efeitos de novas aspirações que hoje, mesmo entre os povos do Ocidente, assumem, muitas vezes, maior vulto que as concepções mais antigas — concepções que possibilitaram os períodos de liberdade em que esses povos alcançaram sua posição atual. Não procurarei apresentar aqui uma definição mais completa do termo 'liberdade', nem me estenderei sobre por que consideramos a liberdade individual tão importante — já o fiz em outro livro[1]. Mas devo dizer algumas palavras para explicar por que prefiro a fórmula breve pela qual repetidamente defini a condição de liberdade, a saber, um estado no qual cada um pode usar seu conhecimento com vistas a seus propósitos, á frase clássica de Adam Smith: 'Todo homem, desde que não viole as leis da justiça, permanece perfeitamente livre para buscar seu próprio bem-estar a seu próprio modo'[2]. A razão de minha preferência é que esta última formula sugere, desnecessária e lamentavelmente, e de maneira não intencional, uma relação entre a defesa da liberdade individual e o egoísmo.

---

1 Ver F. A. Hayek, The Consritufion of Liberty (Londres e Chicago, 1960); Os fundamentos da liberdade (São Paulo e Brasília, 1983).

2 2Adam Smith, Wealth of Nations, editado por E. Cannan (Londres, 1930), vol. 2, página 184; ver também John Locke, Second Treatise on Government, editado por P. Laslett (Cambridge, 1960), seção 22: 'uma liberdade de seguir minha própria vontade em todas as coisas, nos casos não regulados pelas normas'.

A liberdade de buscar os próprios fins é, porém, pelo menos tão importante para o altruísta completo quanto para o mais rematado egoísta. Para ser uma virtude, o altruísmo certamente não pressupõe que se deva seguir a vontade de outrem. Mas é verdade que muitas vezes o pretenso altruísmo se manifesta num desejo de fazer com que outras pessoas sirvam aos fins que o 'altruísta' considera importantes.

Não precisamos retornar aqui ao fato inegável de que os efeitos benéficos da vontade de uma pessoa sobre as demais em geral só se tornam perceptíveis quando o indivíduo age como integrante do esforço conjunto de muitos, segundo um plano coerente, e de que com frequência o indivíduo isolado pode encontrar dificuldade em contribuir de forma significativa para a eliminação dos males que o preocupam profundamente. Mas è óbvio que faz parte de sua liberdade poder, em função desse propósito, ingressar em organizações que lhe permitirão participar de uma ação conjunta (ou criá-las). E embora algumas finalidades do altruísta só sejam alcançáveis pela ação coletiva, com igual frequência objetivos puramente egoístas também serão alcançados por esse meio. Não há relação necessária entre altruísmo e ação coletiva, nem entre egoísmo e ação individual.

A liberdade só pode ser preservada pela observância de princípios, sendo destruída pela prática do oportunismo

A partir da compreensão de que os beneficies da civilização baseiam-se no uso de um conhecimento maior do que aquele aplicável em qualquer esforço intencionalmente conjugado, segue-se que não nos é possível construir uma sociedade desejável mediante a simples reunião dos vários elementos que por si mesmos parecem desejáveis. Embora provavelmente todo aperfeiçoamento benéfico deva ser feito pouco a pouco, se cada passo não for orientado por um corpo de princípios coerentes o resultado tenderá a ser uma supressão da liberdade individual. O porquê disso é muito simples, embora em geral não seja compreendido. Uma vez que o valor da liberdade repousa sobre as oportunidades de ações imprevistas e imprevisíveis que ela oferece, raramente saberemos o que perdemos em decorrência de determinada restrição á liberdade. Qualquer dessas restrições, qualquer coerção que não se limite à aplicação de normas gerais, visará á consecução de algum resultado específico previsível; mas em geral não se saberá o que ela impede. Os efeitos diretos de qualquer interferência na ordem do mercado serão imediatos e claramente visíveis na maioria dos casos, enquanto os efeitos mais indiretos e remotos serão em sua maior par, te desconhecidos, e, portanto, não serão levados em consideração[3]. Jamais

---

3 Ver A. V. Dicey, *Lectures on the Relarion between Law and Public Opinion during the Nineteenth Century* (Londres, 1914), página 257:

> O efeito benéfico da intervenção do Estado, especialmente sob forma da legislação, é direto, imediato e, por assim dizer, visível, enquanto seus efeitos nocivos são graduais e indiretos, escapando à nossa percepção. (...) Por isso a maior parte da humanidade encara necessariamente com excessiva benevolência a intervenção governamental. Esta distorção natural sò pode ser compensada pela existência, numa dada sociedade, (...) de uma opinião ou predisposição favorável à liberdade individual, isto é, ao laissez-faire.

poderemos saber todos os custos da obtenção de determinados resultados por meio dessa interferência.

Assim, quando decidimos cada questão considerando apenas seus méritos aparentes, sempre superestimamos as vantagens da gestão centralizada. Em geral, à primeira vista, nossa escolha se fará entre certo ganho conhecido e palpável e a simples probabilidade de que alguma ação benéfica de pessoas desconhecidas seja impedida. Se a escolha entre liberdade e coerção for assim julgada uma questão de oportunismos[4], a liberdade será fatalmente sacrificada em quase todos os casos. Considerando que numa situação concreta dificilmente saberemos quais seriam as consequências de se permitir às pessoas escolher livremente, fazer com que a tomada de decisão dependa em cada caso apenas dos resultados específicos previsíveis levará à progressiva destruição da liberdade. Provavelmente poucas restrições à liberdade não poderiam ser justificadas pela alegação de não sabermos que perda específica acarretarão. Os grandes pensadores do século XIX compreendiam plenamente que a liberdade so pode ser preservada se for reputada um principio 'supremo, que não deve ser sacrificado a vantagens específicas, tendo um deles chegado a qualificar

---

De modo semelhante, E. Küng, Der Interventionismus (Berna, 1941). página 360: 'Die günstingen und gewollten Nachwjrkungen der meislen wirtschaftspolitischen Massnahmen treten kurz nach ihrer Inkraftsetzung auf, die manchmal schwerer wirkenden Fernwirkungen erst später'.

4 Conforme pregou John Dewey, com efeitos tão profundos nos intelectuais americanos; ver, por exemplo, seu ensaio 'Force and coercion', International Journal of Ethics, xvi, 1916, especialmente página 362: 'Justificar-se ou não a força (...) é, em substância, uma questão de eficiência (incluindo a economia) dos meios na consecução dos fins'.

o liberalismo de 'o sistema de princípios'[5]. Esse è o conteúdo principal de suas advertências sobre 'o que se vê e o que não se vê na economia politica'[6], e sobre o 'pragmatismo que, contrariamente às intenções de seus representantes, leva inexoravelmente ao socialismo'[7]. Mas nenhuma dessas advertências teve eco; e o progressivo abandono de principias, conjugado á determinação cada vez mais forte nos últimos cem anos de se agir pragmaticamente[8], é uma das mais significativas inovações no campo da política social e econômica. Chega-se mesmo a proclamar, agora, como a nova sabedoria de nossa era, que devemos renegar todos os princípios ou 'ismos' para conquistar maior domínio sobre nosso destino. Aplicarmos a cada tarefa as 'técnicas sociais' mais apropriadas à sua solução, libertos de qualquer crença dogmática, parece a alguns o único procedimento digno de uma era racional e científica[9]. As 'ideologias', ou seja, conjuntos de princípios, tornaram-se em geral tão impopulares quanto sempre o foram aos olhos de aspirantes de ditador como Napoleão I ou Karl Marx, os dois homens que conferiram à palavra 'ideologia' seu moderno sentido

---

5 Benjamin Constant, *'De 1'arbitraire'*, em Oeuvres politiques, editadas por C. Louandre (Paris, 1874), páginas 71-2.

6 Frederic Bastiat, *Ce qu'on voit et ce qu'on ne voit pas en economie politique* (Paris, 1850), tradução inglesa em seus Selected Essays in Political Economy, editados por G. B. de Huszar (Princeton, 1964), seu último e mais brilhante ensaio.

7 Carl Menger, *Problems of Economics and Sociology*, editado por L. Schneider (Urbana, III., 1963).

8 Ver W. Y. Elliott, *The Pragmatic Revolt in Politics* (Nova Iorque, 1928).

9 Nessa linha, particularmente R. A. Dahl e Charles Lindblom, *Politics, Economics and Welfare* (Nova Iorque, 1953), páginas 3-18, e. g. página 16: 'Técnicas e não "ismos" são o cerne da ação racional no mundo ocidental. Tanto o socialismo quanto o capitalismo estão mortos'. É precisamente por isso que estamos à deriva.

depreciativo. Se não estou enganado, o desprezo pela 'ideologia', hoje em moda, ou por todos os princípios gerais ou 'íamos' é uma atitude típica de socialistas desiludidos que, forçados a abandonar a própria ideologia pelas contradições que lhe eram inerentes, concluíram que as ideologias são crifincas e que, para sermos racionais, devemos dispensa-las todas. Mas é impossível ser orientado somente, como eles supõem, por objetivos específicos e explícitos conscientemente adotados, e rejeitar todos os valores gerais cuja utilidade para a obtenção de resultados específicos desejáveis não pode ser demonstrada (ou ser orientado somente pelo que Max Weber chama de 'racionalidade voltada para objetivos'). Embora seja, reconhecidamente, algo que não se pode 'provar' (ou demonstrar como verdadeiro), uma ideologia pode perfeitamente ser algo cuja aceitação generalizada é a condição indispensável á consecução da maior parte de nossas metas especificas. Esses pretensos 'realistas' Modernos não demonstram senão desprezo pela advertência 'antiquada' de que, quando se começa a interferir assistematicamente na ordem espontânea, é impossível parar, sendo portanto necessário escolher entre sistemas alternativos. Agrada-lhes pensar que, procedendo experimentalmente e, portanto, `cientificamente', conseguirão amoldar passo a passo unia ordem desejável, escolhendo, para alcançar cada resultado particular desejado, o que a ciência lhes apresenta como o meio mais apropriado.

Visto que as advertências relativas a esse modo de proceder têm sido com frequência mal compreendidas, como foi um dos meus primeiros livros, talvez sejam necessárias mais algumas palavras sobre suas intenções.

O que pretendi afirmar n' *O Caminho da Servidão*[10] certamente não foi que todo afastamento, mesmo pequeno, daquilo que considero os princípios de uma sociedade livre nos arrastará inelutavelmente para um sistema totalitário. Minha intenção foi fazer a advertência que, numa linguagem mais familiar, se expressa na frase: 'Se não corrigir seus principiou, você vai se dar mal'. O fato de isto ter sido frequentemente interpretado como referência a um processo necessário sobre o qual não temos poder algum desde que o tenhamos iniciado ê um simples indício de quão pouco se compreende a importância dos princípios na determinação da politica e, em particular, de como se negligencia por completo o fato fundamental de que, por nossas ações politicas, promovemos, sem o pretender, a aceitação de princípios que tomarão necessária uma ação posterior. Esses modernos 'realistas' irrealistas, orgulhosos da modernidade do próprio ponto de vista, esquecem que estão advogando algo que a maior parte do mundo ocidental já pratica de fato há duas ou três gerações e que é responsável pelas condições da política atual. Podemos considerar que a era liberal de princípios chegou ao fim no momento em que, há mais de oitenta anos, W. S. Jevons disse, referindo-se à política social e econômica: '(...) não podemos estabelecer normas firmes e fixas; devemos antes tratar cada caso em detalhe, segundo seus méritos'[11]. Dez anos depois, Herbert Spencer já falava da 'escola dominante de política', a qual 'demonstra apenas desprezo por

10 Londres e Chicago, 1944.

11 Ver o prefácio a W. S. Jevons, *The State in Relation to Labour* (Londres, 1882).

toda doutrina que implique restrições aos atos de oportunismo imediato', ou dependa de 'princípios abstratos'[12].

Essa visão 'realista', que vem dominando a politica há tanto tempo, não produziu de modo algum os resultados desejados por seus defensores. Ao invés de termos alcançado maior domínio sobre nosso destino, vemo-nos na realidade cada vez más obrigados a seguir mu caminho que não escolhemos deliberadarnente e frente á 'inevitável necessidade' de empreender novas ações que, embora nunca pretendidas, são a consequência daquilo que fizemos.

As 'necessidades' da politica de governo são geralmente consequência de medidas anteriores

A frequente alegação de que certas medidas políticas foram inevitáveis tem um curioso duplo aspecto. No que diz respeito aos desdobramentos considerados positivos pelos que o utilizam, esse argumento é prontamente aceito e usado como justificativa das suas ações. Mas, quando os fatos tomam um rumo indesejável, a insinuação de que não decorrem de circunstâncias que escaparam ao nosso controle, sendo antes efeitos necessários de nossas decisões anteriores, é rejeitada com desdém. A ideia de que não temos inteira liberdade de escolher e seguir qualquer combinação de características que desejemos conferir à nossa sociedade, ou de agregá-las num conjunto viável — ou seja, de que não podemos compor uma ordem social desejável como um mosaico, pela seleção dos elementos de nossa preferência, e que muitas medidas bem-intencionadas podem ter

12 Herbert Spencer, *Justice: Being Part IV of the Principies of Ethics* (Londres, 1891), página 44.

uma longa série de consequências imprevisíveis e indesejáveis —, parece intolerável ao homem moderno. Foi-lhe ensinado que pode alterará vontade tudo o que ele mesmo fez e, inversamente, que tudo que é capaz de alterar deve também ter sido feito por ele. Ainda não aprendeu que essa ideia ingênua deriva da ambiguidade da palavra 'feito', que já discutimos. Na verdade, é claro, o principal motivo por que certas medidas parecem inevitáveis é em geral algum efeito de nossas ações anteriores e das opiniões defendidas no momento. A maioria das 'necessidades' da politica governamental são criação nossa. Sou suficientemente idoso para ter ouvido muitas vezes, de homens mais velhos, que certas consequências da sua politica, que eu previa, jamais ocorreriam; e mais tarde, quando elas de fato ocorreram, para ter ouvido, de homens mais jovens, que essas mesmas consequências tinham sido inevitáveis e totalmente independentes daquilo que de fato tinha sido adotado.

Não podemos obter um conjunto coerente pela simples combinação de quaisquer elementos de nosso agrado porque a adequação de qualquer ordenação específica no interior de uma ordem espontânea dependerá de todo o restante desta, e porque qualquer mudança especifica que nela possamos introduzir pouca informação nos dará sobre seu funcionamento num contexto diferente. Um experimento pode apenas nos dizer se uma inovação se adapta ou não a uma dada estrutura. Mas é ilusório esperar que possamos construir uma ordem coerente por experimentação aleatória, com soluções especificas para problemas individuais, sem seguir principias norteadores. A experiência nos proporciona muita informação sobre a eficácia de diferentes sistemas sociais e económicos como um todo. Mas

uma ordem tão complexa quanto a sociedade moderna não pode ser intencionalmente criada nem como um todo, nem pela moldagem de cada parte em separado, sem se considerar o restante, mas somente pela adesão sistemática a certos princípios ao longo de todo um processo de evolução. Isso não significa que tais 'princípios' devem assumir necessariamente a forma de normas expressas. Com frequência os principies orientam a ação de forma mais eficaz quando se manifestam como mero preconceito irrefletido, uma sensação geral de que certas coisas simplesmente 'não se fazem', ao passo que, tão logo são explicitamente formulados, começa a especulação acerca de sua correção e validade. Provavelmente é verdade que os ingleses do século XVIII, por serem pouco dados á especulação acerca de princípios gerais, deixaram-se guiar por solidas ideias quanto as modalidades de ação política permissíveis muito mais firmemente que os franceses, tão arduamente empenhados em descobrir e adotar tais princípios. Quando se perde a certeza instintiva, talvez em consequência de tentativas malogradas de expressar verbalmente princípios que foram 'intuitivamente' seguidos, não há como recuperar essa orientação senão procurando uma formulação correta do que antes fora conhecido implicitamente. A impressão de que os ingleses, nos séculos XVII e XVIII, através de seu dom de 'alcançar um resultado satisfatório sem muito esforço intencional ou planejamento definido' (*'muddling through'*) e de seu 'talento para a conciliação', conseguiram construir um sistema viável sem muito discutir princípios, ao passo que os franceses, com toda a sua preocupação com pressupostos explícitos e formulações claras, nunca o fizeram, pode portanto ser enganosa. A verdade parece ser que, embora pouco

discutissem princípios, os ingleses eram muito mais firmemente norteados por eles, enquanto na França a própria especulação acerca de princípios básicos impedia que qualquer conjunto de princípios criasse raízes.

O risco de se atribuir maior importância às consequências previsíveis de nossas ações que às meramente possíveis

A preservação de um sistema de liberdade é tão difícil precisamente por exigir a constante rejeição de medidas que parecem necessárias para assegurar determinados resultados, rejeição motivada apenas pelo fato de que tais medidas conflitam com uma norma geral, muitas vezes sem que saibamos quais serão os custos da não observância da norma em determinada situação. A defesa da liberdade deve, portanto, ser dogmática e não fazer concessão alguma ao oportunismo, mesmo quando não for possível mostrar que, além dos efeitos benéficos conhecidos, algum resultado prejudicial especifico também decorreria de sua transgressão. A liberdade sé prevalecerá se for aceita como um principio geral cuja aplicação a casos particulares não requer justificativa alguma. É, pois, um equivoco censurar o liberalismo clássico por ter sido excessivamente doutrinário. Sua falha não foi o excessivo apega a princípios, mas sim a carência de princípios suficientemente definidos para lhe fornecer uma orientação clara, e o fato de muitas vezes ter-se limitado aparentemente a aceitar as funções tradicionais do governo e se opor a todas as novas. A coerência só é possível mediante a adoção de princípios categóricos. Mas o conceito de liberdade que norteava os liberais do século XIX era, sob muitos aspectos, tão vago que não proporcionava orientação clara.

As pessoas só se oporão àquelas restrições à liberdade individual que se lhes afigurem como o remédio mais simples e direto para um mal reconhecido se prevalecer uma sólida confiança em princípios definidos. Perde-se essa confiança e se opta pelo oportunismo em parte por já não se possuir quaisquer princípios que possam ser racionalmente defendidos. Os princípios gerais aceitos numa determinada época não foram adequados para decidir o que é ou não permissível num sistema de liberdade. Já não temos sequer uma designação que todos compreendam para o que é indicado apenas de modo vago pela expressão 'sistema livre'. Certamente nem o termo 'capitalismo' nem a expressão laissez-faire o designam de forma adequada; e ambos são, compreensivelmente, mais populares entre os inimigos que entre os defensores de um sistema de liberdade. Capitalismo' é um termo apropriado, no máximo, para a realização parcial de um tal sistema em determinada fase histórica, mas sempre enganoso porque sugere um sistema que beneficia sobretudo os capitalistas, quando na verdade é um sistema que impõe à empresa uma disciplina que desagrada, os administradores e da qual todos eles procuram esquivar-se. O laissez-faire nunca passou de um princípio geral. Na verdade representou um protesto contra abusos do poder governamental, mas jamais ofereceu um critério que permitisse decidir que funções competem ao governo. Praticamente o mesmo se aplica aos termos 'livre iniciativa' ou 'economia de mercado' que, sem uma definição da livre esfera do indivíduo, pouco significam. A expressão 'liberdade sob a égide do direito (*liberty under the law*), que em determinada época talvez transmitisse a ideia essencial melhor que qualquer outra, tornou-se quase sem sentido, porque tanto 'liberdade'

quanto 'direito' deixaram de ter significado claro. E o único termo que no passado era ampla e corretamente compreendido, ou seja, 'liberalismo', foi, 'como suprema mas involuntária homenagem, expropriado pelos adversários desse ideal'[13].

O leitor leigo pode não ter plena consciência do quanto já nos afastamos do ideal expresso por esses termos. Embora o jurista ou o cientista político possam perceber de imediato que estarei defendendo um ideal praticamente extinto e nunca completamente posto em pratica, provavelmente a maioria das pessoas acredita que algo semelhante a ele ainda rege as questões públicas. Por nos termos afastado desse ideal muitíssimo mais do que o supõe a maioria das pessoas, e também porque esse processo, a menos que seja logo detido. transformará por seu próprio impulso a sociedade livre numa sociedade totalitária, impõe-se reconsiderar os princípios gerais que norteiam nossas ações políticas. Ainda desfrutamos de alguma liberdade porque certas propensões tradicionais, mas em rápida extinção, têm obstruído a processo pelo qual a lógica inerente às mudanças já feitas tende a se impor num campo cada vez mais amplo. No atual clima de opinião, a vitória final do totalitarismo não passaria, de fato, da vitória final das ideias já dominantes na esfera intelectual sobre uma resistência simplesmente tradicionalista.

O realismo espúrio e a coragem necessária para ousar a utopia

O insight metodológico de que, no tocante às ordens espontâneas complexas, só seremos capazes de determinar os principias gerais de seu

---

13 J. A. Schumpetcr, History of Economic Analysis (Nova Iorque, 1954), página 394.

funcionamento, não podendo prever as modificações particulares que resultarão de qualquer ocorrência no ambiente, tem profundas consequências no que diz respeito â politica governamental. Significa que, quando nos apoiamos nas forças ordenadoras espontâneas, seremos muitas vezes incapazes de prever as alterações específicas pelas quais se produzirá a necessária adaptação às novas circunstâncias externas e, às vezes, talvez nem mesmo seremos capazes de conceber de que maneira se pode obter a restauração de um 'equilíbrio', ou 'estabilidade', perturbado. Essa ignorância do modo como o mecanismo da ordem espontânea resolverá tal 'problema' — que sabemos deve ser resolvido de alguma forma para que a ordem global não se desintegre — muitas vezes gera pânico e a reivindicação de que o governo intervenha para restabelecer o equilíbrio perturbado.

Em geral, é até mesmo a percepção parcial do caráter da ordem geral espontânea que leva as pessoas a solicitarem controle deliberado. Enquanto a balança comercial ou a correspondência entre à oferta e a procura de qualquer mercadoria se ajustavam espontaneamente após um distúrbio qualquer, os homens raramente se perguntavam como isso ocorria. Mas, tão logo se tornaram conscientes da necessidade desses constantes reajustamentos, começaram a pensar que se devia atribuir a alguém a responsabilidade de produzi-los deliberadamente. O economista, pela própria natureza de sua visão esquemática da ordem espontânea, só se podia contrapor a esse temor afirmando confiantemente que o novo equilíbrio demandado se estabeleceria de algum modo desde que não interferíssemos nas forças espontâneas;

mas, como ele é geralmente incapaz de prever precisamente de que modo isso aconteceria, suas afirmativas não foram muito convincentes.

Contudo, quando é possível prever de que modo as forças espontâneas tenderão a restaurar o equilíbrio perturbado, a situação se torna ainda pior. A necessidade de adaptação a eventos imprevistos implicará sempre algum sofrimento, a frustração de algumas expectativas ou o malogro de alguns esforços. Isso gera a reivindicação de que o ajuste necessário seja efetuado por orientação deliberada, o que significará na prática que cabe à autoridade decidir quem será prejudicado. Em consequência, frequentemente os ajustamentos necessários serão impedidos sempre que puderem ser previstos.

A mais proveitosa contribuição da ciência à orientação politica consiste numa compreensão da natureza geral da ordem espontânea, e não em qualquer conhecimento dos detalhes de uma situação concreta, que a ciência não tem nem pode ter. A apreciação correta da contribuição que a ciência tem a dar para a solução de nossas obrigações políticas — bastante generalizada no século XIX — foi ofuscada pela nova tendência derivada de um equivoco, hoje em moda, quanto á natureza do método cientifico: a suposição de que a ciência consiste numa coleção de fatos particulares observados, o que é errôneo no que diz respeito á ciência em geral, mas duplamente enganoso quando temos de considerar as partes de uma ordem espontânea complexa. Uma vez que todos os eventos que têm lugar em qualquer parte de uma tal ordem são interdependentes, e uma ordem abstrata desse gênero não possui partes concretas recorrentes que possam ser identificadas por atributos individuais, é necessariamente inútil tentar,

pela observação, descobrir regularidades em qualquer de suas partes. A única teoria que pode reivindicar um &tatus científico nesse campo é a teoria da ordem global; e esta (embora, é claro, deva ser testada em face dos fatos) nunca pode ser elaborada indutivamente pela observação, mas só através da construção de modelos mentais constituídos a partir dos elementos observáveis.

A visão míope da ciência que se concentra no estudo de fatos particulares porque só estes podem ser empiricamente observados, e cujos defensores até se vangloriam de não ser guiados por aquela concepção de ordem global sã alcançável pelo que denominam 'especulação abstrata', de modo algum nos torna mais capazes de moldar uma ordem desejável; ao contrário, ela nos priva na realidade de toda orientação eficaz para a ação bem-sucedida. O 'realismo' espúrio que se ilude acreditando poder prescindir de todo conceito que nos oriente quanto à natureza da ordem global e se limita a um exame de 'técnicas' especificas para a consecução de resultados específicos é, na realidade, extremamente irrealista. Essa atitude — sobretudo quando conduz, como ocorre frequentemente, a um julgamento da conveniência de medidas especificas pela consideração de sua 'viabilidade' num dado clima de opinião politica — tende em geral simplesmente a nos impelir ainda mais para um impasse. Esses são os resultados finais de medidas sucessivas que tendem, todas elas, a destruir a ordem global cuja existência é, ao mesmo tempo, tacitamente admitida por aqueles que as advogam.

É inegável que, em certa medida, o modelo formado pela ordem global será sempre uma utopia, algo de que a situação existente constituirá

apenas uma aproximação parcial e que muitos considerarão totalmente inviável. Não obstante, só a adesão permanente á concepção norteadora de um modelo internamente coerente, realizável mediante a aplicação sistemática dos mesmos princípios, permitirá chegar a algo semelhante a uma estrutura eficaz para uma ordem espontânea efetiva. Segundo Adam Smith, 'esperar, de fato, que a liberdade de comércio venha algum dia a ser inteiramente restaurada na Grã-Bretanha é tão absurdo quanto esperar que nela se estabeleça uma Oceana ou Utopia'[14]. No entanto, setenta anos depois, em grande parte como resultado de sua obra, isso foi alcançado.

A palavra 'utopia', como 'ideologia', tem hoje conotação negativa; e, de fato, a maior parte das utopias visa a um replanejamento radical da sociedade e sofre de contradições internas que impossibilitam sua realização. Contudo, uma visão ideal de uma sociedade não totalmente realizável, ou uma concepção que aponte a ordem global a ser alcançada, é não apenas a precondição indispensável a qualquer política racional, como também a principal contribuição que a ciência pode dar à solução dos problemas da política prática.

O papel do profissional do direito na evolução politica

O principal instrumento de mudança intencional na sociedade moderna é a legislação. Mas, por mais cuidadosamente que possamos ponderar de antemão cada ato legislativo, nunca nos será possível refazer por completo o sistema jurídico, ou remodela10 em sua totalidade, segundo um projeto coerente. A elaboração de leis é necessariamente um processo contínuo no

14 Adam Smith, *op. cit.*, vol. 1, página 435.

qual cada passo gera consequências até então imprevistas quanto ao que será possível ou necessário fazer posteriormente. As partes de um sistema legal ajustam-se mutuamente não tanto segundo uma ideia geral abrangente; antes se adaptam gradualmente uma às outras pela sucessiva aplicação de principias gerais a problemas particulares — princípios, vale dizer, que com frequência nem sequer são explicitamente conhecidos, estando simplesmente implícitos nas medidas particulares tomadas. Os que imaginam ser possível ordenar todas as atividades particulares de uma Grande Sociedade de acordo com um plano coerente deveriam reconsiderar sua posição ante a constatação de que isso não se mostrou possível sem mesmo no que diz respeito a essa parte do conjunto que é a sistema jurídico. O processo de alteração do direito revela, com especial clareza, o modo como as concepções dominantes ocasionam uma mudança continua, produzindo medidas que de inicio ninguém desejara ou previra, mas que, no devido tempo, parecem inevitáveis. Cada passo desse processo é determinado por problemas que surgem quando os princípios estabelecidos por decisões anteriores, ou nelas implícitos, são aplicados a circunstâncias que não estavam então previstas. Nada há de especialmente misterioso nessa 'dinâmica interna do direito' que produza uma mudança não desejada por ninguém em sua totalidade.

Nesse processo, cada profissional do direito é necessariamente mais um instrumento involuntário, um elo numa cadeia de acontecimentos cuja totalidade ele não percebe, do que um iniciador consciente. Quer ele aja como juiz ou como redator de um estatuto, a entrose ra de concepções gerais em que devemos inserir sua decisão lhe foi legada, e sua tarefa é

aplicar esses princípios gerais do direito, não questioná-los. Por mais que ele se preocupe com as futuras implicações de suas decisões, só as pode julgar no contexto de todos os outros principias reconhecidos do direito que lhe foram legados. E, claro, é assim que deve ser; é da essência do pensamento jurídico e das decisões justas que o profissional do direito procure tomar coerente todo o sistema.

Diz-se com frequência que os profissionais do direito tendem, por profissão, a ser conservadores[15]. Em certas condições, a saber, quando alguns princípios básicos do direito tiverem prevalecido por longo tempo, estes de fato governarão todo o sistema jurídico, seu espirito geral, bem como cada norma isolada e cada aplicação em seu interior. Nessas ocasiões, o sistema jurídico possuirá grande estabilidade intrínseca. Todo profissional do direito, ao interpretar ou aplicar uma norma que não esteja de acordo com o restante do sistema, procurará adaptá-la de modo a conformá-la ás outras. Ocasionalmente, os profissionais do direito, em seu conjunto, podem assim, na verdade, até anular a intenção do legislador, não por desrespeito ao direito, mas porque sua técnica os leva a privilegiar o que ainda é a parte predominante do direito e a inserir nele um elemento estranho, transformando-o de modo a harmonizá-lo com o conjunto.

A situação é totalmente diversa, no entanto, quando uma filosofia geral do direito contrária á maior parte do direito existente começa a prevalecer. Os mesmos profissionais, por meio dos mesmos hábitos e técnicas, e em geral de modo igualmente involuntário, tornar-se uma força

15 Ver, por exemplo, *Max Weber, On Law in Economy and Society*, editado por Max Rheinstein (Cambridge, Mass., 1954), página 298.

revolucionária, tão eficazes na transformação do direito em seus mínimos detalhes quanto o foram antes na sua preservação. As mesmas forças que, no primeiro caso, contribuem para a imobilidade, tenderão, no segundo, a acelerar a mudança até que esta tenha transformado todo o corpo de leis muito além de quaisquer expectativas ou desejos. Se esse processo levará a novo equilíbrio ou à desintegração de todo o corpo de leis no sentido básico que ainda atribuímos palavra 'lei', dependerá do caráter da nova filosofia.

Vivemos um desses períodos de transformação do direito por forças internas, e acredito que, se deixarmos os princípios que atualmente orientam esse processo chegar às suas últimas consequências lógicas, o direito, tal como o conhecemos, como a principal salvaguarda da liberdade do indivíduo, está fadado a desaparecer. Os profissionais do direito, como instrumento de uma concepção geral de que não foram os criadores, já se tornaram em muitos setores os instrumentos não de principiou de justiça, mas de um aparelho em que o indivíduo é levado a servir aos fins de seus governantes. O pensamento jurídico já parece ser regido a tal ponto por novas concepções das funções do direito que, se essas concepções fossem aplicadas coerentemente, todo o sistema de normas de conduta individual se transformaria num sistema de normas organizacionais.

Esse processo tem sido, de fato, apontado com apreensão por muitos profissionais do direito, que tratam principalmente do que ainda é chamado, por vezes, de lawyer's law ('direito dos advogados'), isto é, aquelas normas de conduta justa que em determinada época eram consideradas o direito. Mas a liderança jurídica transferiu-se, no curso do processo que descrevemos, dos profissionais do direito privado para os do direito

público, com o resultado de que, hoje, os pressupostos filosóficos que governam o desenvolvimento do conjunto de leis, incluído o direito privado, são quase inteiramente estabelecidos por homens dedicados principalmente ao direito publico ou às normas de organização do governo. O desenvolvimento moderno do direito tem sido em grande parte orientado por falsas concepções econômicas

Seria injusto, no entanto, considerar os profissionais do direito mais responsáveis que os economistas por essa situação. Os primeiros de fato desempenharão melhor a sua tarefa limitando-se a aplicar os princípios gerais do direito que lhes foram ensinados e que é seu dever aplicar coerentemente. Apenas na teoria jurídica, na formulação e elaboração desses princípios gerais, surge o problema básico de sua relação com uma ordem viável de ações. Para tal formulação e elaboração, se o objetivo é fazer uma escolha inteligente entre princípios alterativos, é absolutamente essencial compreender essa ordem. Durante as últimas dum ou ires gerações, porém, a filosofia do direito foi guiada mais pela incompreensão que pela compreensão do caráter dessa ordem.

Os economistas, por sua vez — pelo menos depois da era de David Home e Adam Smith, que foram também filósofos do direito —, certamente não demonstraram maior apreço pelo significado do sistema de normas jurídicas, cuja existência era tacitamente pressuposta por suas teses. Raramente deram á sua explicação da determinação de uma ordem espontânea uma forma que pudesse ser útil ao teórico do direito. Mas é provável que, sem o pretender, tenham contribuído tanto quanto os profissionais do direito para a transformação de toda a ordem social.

Isso se torna evidente quando examinamos o modo como os juristas explicam em geral as grandes modificações sofridas pelo caráter do direito nos últimos cem anos. Em toda a literatura jurídica, seja ela inglesa ou americana, francesa ou alemã, essas modificações são atribuídas a supostas necessidades econômicas. Ler os textos em que os juristas explicam essa transformação do direito é, para o economista, experiência um tanto melancólica: vê-se acusado de todos os pecados de seus predecessores. As explicações do desenvolvimento moderno do direito estão cheias de referências a 'forças prementes irreversíveis' e a 'tendências inevitáveis' que, supostamente, tornaram imperativas as várias modificações efetuadas. O fato de 'todas as democracias modernas' terem adotado determinadas medidas é citado como prova do bom senso ou da necessidade dessas modificações.

Essas explicações referem-se invariavelmente a uma era passada de laissez-faire, como se tivesse havido uma época em que não se procurou melhorar a estrutura jurídica de modo a permitir ao mercado um funcionamento mais proveitoso, ou a suplementar seus resultados. Quase sem exceção, essas explicações fundamentam-se na *fable convenue* de que a livre iniciativa tem atuado em detrimento dos operários, e alegam que 'o capitalismo em seus primórdios', ou o 'liberalismo', provocou um rebaixamento do padrão material da classe trabalhadora. A lenda, embora totalmente falsa[16], tornou-se parte do folclore de nossa época. O fato é, evidentemente, que, em decorrência do desenvolvimento de mercados

16 Ver os ensaios sobre Capitalism and the Historians, de vários autores, editados por mim (Londres e Chicago, 1953).

livres, a remuneração do operariado conheceu, nos últimos cento e cinquenta anos, uma elevação jamais ocorrida em qualquer período anterior da história. Grande parte das obras contemporâneas sobre filosofia do direito também está repleta de clichês ultrapassados acerca da suposta tendência autodestrutiva da concorrência, ou da necessidade de 'planejamento' criada pela maior complexidade do mundo moderno, clichês decorrentes do entusiasmo pelo 'planejamento' de trinta ou quarenta anos atrás, quando a ideia gozava de grande prestígio e suas implicações totalitárias ainda não eram claramente compreendidas.

Provavelmente, nenhum outro conceito contribuiu tanto para a difusão de falsa. ideias econômicas quanto o conceito, transmitido aos jovens profissionais do direito pelos seus mestres, de que 'era necessário' fazer isso ou aquilo, ou que determinadas circunstâncias' 'tornavam inevitável' tomar certas medidas. Parece ser quase um hábito entre esses profissionais considerar que o fato de uma decisão ter sido tomada pelo legislativo prova a sabedoria dela. Isso significa, no entanto, que os esforços do profissional do direito serão benéficos ou perniciosos segundo a sabedoria ou a insensatez dos precedentes que lhe servem de guia, e que ele tende a se tornar um perpetuador dos erros quanto dos acertos do passado. Caso ele se considere obrigado a acompanhar a tendência observável do processo de transformação, terá tanta probabilidade de se tornar o mero instrumento por meio do qual se produzem alterações que não compreende quanto de se tornar o criador consciente de uma nova ordem. Em tal situação, será necessário procurar fora da ciência jurídica normas para o julgamento das medidas adotadas.

Isso não significa que sé a ciência econômica fornece os princípios que deveriam orientar a legislação — embora, considerando-se a influência que as concepções econômicas inevitavelmente exercem, deva-se desejar que essa influência provenha da verdadeira ciência econômica e não do acúmulo de mitos e fábulas sobre o desenvolvimento. econômico que hoje parece dominar o pensamento jurídico. Nossa tese e, antes, que parte dos principies e pressupostos que orientam o desenvolvimento do direito provém inevitavelmente de fora do campo
jurídico e só pode ser benéfica se tiver por fundamento uma concepção correta do modo como podem ser eficazmente ordenadas as atividades de uma Grande Sociedade.

O papel do profissional do direito na evolução social e a maneira por que suas ações são determinadas constituem, de fato, a melhor demonstração de uma verdade fundamental, a saber: queiramos ou não, os fatores decisivos que determinam essa evolução serão sempre ideias de alto grau de abstração, e com frequência aceitas inconscientemente, acerca do que é certo e adequado, e não propósitos particulares ou desejos concretos. O que determina a que será feito — e também se será conferido a alguém o poder de fazê-lo — não é tanto aquilo a que os homens visam conscientemente, mas suas opiniões sobre os métodos admissíveis. Essa é a mensagem repetida pelos maiores estudiosos das questões sociais e sempre ignorada, ou seja, que 'embora os homens sejam muito mais governados

pelo interesse, o próprio interesse e todas as questões humanas são inteiramente governados pela opinião'[17].

Poucos pontos de vista são tão desacreditados pela maioria dos homens práticos — e tão negligenciados pela escola de pensamento político dominante — quanto aquele segundo o qual o que é desdenhosamente chamado de ideologia tem, sobre os que dela se creem livres, um poder até maior que sobre aqueles que a adotam conscientemente. No entanto, para o estudioso da evolução das instituições, é particularmente claro que os principais determinantes destas não são as boas ou más intenções referentes as suas consequências imediatas, mas os preconceitos gerais em função dos quais as questões particulares são decididas.

O poder das ideias abstratas repousa basicamente sobre o próprio fato de não serem conscientemente aceitas como teorias, mas encaradas pela maioria das pessoas como verdades evidentes por si mesmas, que atuam como pressupostos tácitos. A raríssima aceitação da existência desse poder dominante das ideias deve-se em grande parte maneira supersimplificada pela qual é frequentemente afirmada, maneira que sugere que alguma grande mente teria tido o poder de incutir em gerações posteriores suas próprias concepções. Mas, naturalmente, as ideias que predominarão, sobretudo sem que as pessoas jamais tenham consciência delas, serão determinadas por um processo lento e de grande

---

17 David Hume, Essays, em Works III, página 125, e comparar as passagens de J. S. Mill e Lord Keynes citadas na página 113 e na nota 14 do cap. 6 do meu livro *The Constitution of Liberty* (Os fundamentos da liberdade), a que agora se pode acrescentar afirmação semelhante de G. Mazzini, que encontrei citada sem menção à fonte: 'As idéias regem o mundo e seus eventos. Uma revolução é a passagem de uma ideia da teoria à prática. Digam os homens o que disserem, os interesses materiais jamais causaram e jamais causarão uma revolução'.

complexidade, cujo perfil quase nunca conseguimos reconstituir, mesmo retrospectivamente. É sem dúvida humilhante ter de admitir que nossas decisões atuais são determinadas pelo que ocorreu há muito tempo num remoto campo especifico de estudo, sem que as pessoas em geral jamais tenham tido conhecimento disso, e sem que aqueles que formularam pela primeira vez o novo conceito tivessem consciência de quais seriam suas consequências, especialmente quando não se tratava da descoberta de fatos novos, mas de um conceito filosófico geral que mais tarde influenciaria decisões particulares. Não só o homem comum mas também os especialistas em setores específicos aceitam irrefletidamente tais opiniões, e em geral simplesmente por serem 'modernas'.

Devemos entender que as fontes de muitos dos fatores mais perniciosos deste mundo não são em geral mentes perversas, mas idealistas magnânimos, e que, em particular, os fundamentos do barbarismo totalitário foram estabelecidos por *scholars* respeitáveis e bem-intencionados que nunca reconheceram sua prole[18]. O fato é que, especialmente no campo jurídico, certos pressupostos filosóficos norteadores provocaram uma situação em que teóricos bem-intencionados, até hoje alvo de grande admiração, mesmo em países livres, já elaboraram todos os conceitos básicos de uma ordem totalitária. De fato, para chegar às suas doutrinas, bastou aos comunistas, não menos que aos fascistas ou aos

18 Portanto, não é também — como o sugeriu gentilmente J. A. Schumpcter numa resenha do livro *The Road to Serfdom* (O caminho da servidão) em Journal of Political Economy, xiv, 1946 — por 'excesso de polidez', mas por uma convicção profunda quanto a quais são os fatores decisivos, que esse livro 'quase nunca atribui aos opositores nada além de erro intelectual'.

nacional-socialistas, simplesmente utilizar conceitos fornecidos por gerações de teóricos do direito.

Porém, o que nos interessa aqui é mais o presente que o passado. Apesar do colapso dos regimes totalitários no Ocidente, suas ideias básicas continuam a ganhar terreno na esfera teórica, a tal ponto que, para transformar completamente o sistema jurídico num sistema totalitário, é suficiente agora permitir que as ideias já reinantes na esfera abstrata sejam transpostas para a prática.

Em nenhum lugar essa situação pode ser vista com maior clareza que na Alemanha, pais que não só forneceu em abundância ao mundo as concepções filosóficas que produzfram os regimes totalitários, mas que foi também um dos primeiros a se render ao produto de concepções cultivadas na esfera abstrata. Embora o alemão comum, por experiência própria, tenha sido provavelmente purgado de qualquer inclinação consciente para manifestações reconhecíveis de totalitarismo, as concepções filosóficas básicas fizeram um mero recuo para a esfera abstrata, e ocultam-se agora no coração de sérios e respeitados pensadores, prontas a retomar o controle dos acontecimentos, a menos que desacreditadas a tempo.

Não há, de fato, melhor ilustração ou expressão mais clara da maneira como as concepções filosóficas da natureza da ordem social afetam o desenvolvimento do direito do que as teorias de Carl Schmitt. Muito antes de Hitler subir ao poder, Schmitt canalizou todas as suas formidáveis energias intelectuais para uma luta contra o liberalismo sob todas as

formas[19]; em seguida, tornou-se um dos principais apologistas de Hitler no campo jurídico e, ainda hoje, goza de grande influência entre filósofos do direito e publicistas alemães —sua terminologia característica é empregada com a mesma naturalidade por socialistas alemães e por filósofos conservadores. Sua ideia central, conforme sua formulação final, é que, a partir do pensamento 'normativo' da tradição liberal, o direito avançou, gradualmente, através de uma fase 'decisionista' — na qual a vontade das autoridades legislativas decidia acerca de assuntos particulares — para a concepção de uma 'formação de ordem concreta", processo que envolve 'uma reinterpretação do ideal do somos como uma concepção total do direito, implicando uma ordem e uma comunidade concretas'[20]. Em outras palavras, o direito deve ser não um conjunto de normas abstratas que possibilitem a formação de uma ordem espontânea pela livre ação dos indivíduos mediante a limitação do âmbito de suas ações, mas o instrumento de ordenação intencional ou organização pelo qual o indivíduo é compelido a servir a objetivos concretos. Esse é o resultado

---

19 Como escreveu um dos seguidores de Carl Schmitt, George Dahm, ao comentar Drei Arten des rechtswissenschaftfichen Denkens (Hamburgo, 1934), de Schmitt, em Zeitschrift für die gesamte Staaíswissenschaft xcv, 1935, página 181, todas as obras desse autor 'sind von Anfang an auf ein bestimmtes Ziel gerichtet gewesen: die Entlarvung und ZerstOrung des liberalen Rechtsstaates und die Überwindung des Gesetzgebungsstaates'. O comentário mais apropriado sobre Schmitt foi feito por Johannes Huizinga, Homo Ludens (1944), tradução inglesa (Londres, 1947), página 209:

> Não conheço forma de negação da razão humana mais lamentável e profunda que o bárbaro e patético delírio de Schmitt sobre o princípio de amigo-inimigo. Suas elucubrações inumanas não resistem sequer como exercício de lógica formal. Pois o que é sério não é a guerra, mas a paz. (...) Só transcendendo essa mesquinha relação amigo-inimigo poderá a humanidade alcançar a dignidade da condição humana. A 'seriedade' de Schmitt é de uma espécie que simplesmente nos reconduz ao nível da selvageria.

20 Ver Carl Schmitt, op. cit., página II *et. seq.*

inevitável de um desdobramento intelectual em que as forças auto-ordenadoras da sociedade e o papel do direito num mecanismo de ordenação já não são compreendidos.

QUATRO

Capítulo 4 - O mutável conceito de direito

Non ex regula ius sumatur, sedex iure quod est regula fiat.

JULIUS PAULUS*

O direito é mais antigo que a legislação

A legislação — a criação intencional de leis — foi com justiça considerada, entre todas as invenções do homem, aquela plena das mais graves consequências, tendo seus efeitos alcance ainda maior que os do fogo e da pólvora[1]. Ao contrário do próprio direito, que jamais foi 'inventado' no mesmo sentido, a legislação é um invento relativamente recente na história da humanidade. Ela proporcionou aos homens um instrumento extremamente poderoso, de que necessitavam para realizar algum bem, mas que ainda não aprenderam a controlar de tal modo que não gere grande mal. Abriu ao homem possibilidades inteiramente novas e deu-lhe

*Julius Paulus, jurista romano do século III d.C., em Digests 50.17.1: 'O que é certo não é inferido da norma, é antes a norma que decorre de nosso conhecimento do que é certo'. Ver também a observação do glosador do século XII, Francesco Accorso, comentário de Digests, I.i.i. pr. 9: 'est autem ius a iustitia, sicut a matre sua, ergo prius fuit iustitia quam ius'. Sobre todo o conjunto de problemas a ser discutido neste capítulo, ver Peter Stein, Regulae Júris (Edimburgo, 1966), especialmente página 20: 'na origem, a lex era uma explicitação do ius

1 Bernhard Rehfeld, Die Wurzeln des Rechts (Berlim, 1951), página 67:

> Das Auftauchen des Phânomens der Gesetzgebung (...) bedeutet in der Menschheitsgeschichte die Erfindung der Kunsl, Recht und Unrecht zu machen. Bis dahin hatte man geglaubt, Recht nicht setzen, sondem nur anwenden zu konnen ais etwas, das seit jeher war. An dieser vorstellung gemessen ist die Erfindung der Gesetzgebung vielleicht die folgenschwerste gewesen, die je gemacht wurde — folgenschwerer ais die des Feuers oder des Schiesspulvers — denn am stàrksten von allen hat sie das Schicksal des Menschen in seine Hand gelegt.

um novo senso de poder sobre seu destino. No entanto, a discussão sobre quem deveria deter esse poder ofuscou indevidamente o problema, muito mais fundamental, da amplitude que o mesmo deveria assumir. Sem dúvida continuará sendo um poder extremamente perigoso enquanto acreditarmos que só será nocivo se exercido por homens maus[2].

O direito, no sentido de normas de conduta aplicadas, é indubitavelmente tão antigo quanto a sociedade; só a observância de normas comuns torna possível a existência pacífica de indivíduos em sociedade[3]. Muito antes que o homem desenvolvesse a linguagem ao ponto

---

2 Esta ilusão, característica de muitos pensadores do nosso tempo, foi expressa por Lord Keynes numa carta a mim dirigida com data de 28 de junho de 1944, citada em R. F. Harrod, The Life of John Maynard Keynes (Londres, 1951), página 436. Nesta, ao comentar meu livro The Road to Serfdom (O caminho da Servidão), Keynes observou que 'atos arriscados podem ser praticados numa comunidade que pensa e sente corretamente, sem causar danos, mas constituiriam o caminho do inferno se fossem praticados por aqueles que pensam e sentem erradamente'.

3 3David Hume, Treatise II, página 306:

> No entanto, embora os homens possam manter uma pequena sociedade inculta sem governo, não lhes é possível manter qualquer forma de sociedade sem justiça e a observância das três leis fundamentais relativas à estabilidade da propriedade, à transferência por consentimento, e ao cumprimento de promessas. Elas, portanto, antecedem o governo.

Ver também Adam Ferguson, Principies of Moral and Political Science (Edimburgo, 1792), vol. 1, página 262:

> O primeiro objeto de acordo e de convenção entre os homens não é a criação da sociedade, mas o aperfeiçamento da sociedade em que a natureza já os colocou; não o estabelecimento da subordinação, mas-a correção do abuso da subordinação já estabelecida. E essa matéria a ser trabalhada pelo talento político dos homens não é, como o imaginaram os poetas, uma raça dispersa, num estado de individualidade, a ser arrebanhada pelos encantos da música ou pelas lições da filosofia. Mas uma matéria muito mais próxima do ponto a que o ato político a conduziria, um bando de homens reunidos por mero instinto; colocados na relação de subordinação existente entre pai e filho, nobre e plebeu, se-não entre rico e pobre, ou outra distinção fortuita, senão original, que constitui de fato uma relação de poder e dependência, pela qual uns poucos governam muitos, e uma parte tem ascendência sobre o todo;

e *Carl Menger, Problems of Economics and Sociology* (Urbana, III., 1963), especialmente página 227:

de esta lhe permitir enunciar determinações gerais, um indivíduo só seria aceito como membro de um grupo na medida em que se conformasse às suas normas. Estas podiam, num certo sentido, não ser conhecidas, estando ainda por descobrir, porque entre 'saber como' agir[4], ou ser capaz de reconhecer que os atos de um outro conformavam-se ou não a práticas aceitas, e ser capaz de verbalizar essas normas, há ainda um longo caminho a percorrer. Contudo, embora se pudesse reconhecer de maneira geral que a descoberta e a expressão das normas que eram aceitas (ou a formulação das normas que seriam aprovadas quando postas em prática) constituíam tarefa que exigia sabedoria especial, ninguém ainda concebia a lei como algo que os homens pudessem fazer segundo sua vontade.

Não é por acaso que ainda usamos a mesma palavra 'lei' para designar as normas invariáveis que governam a natureza e aquelas que governam o comportamento dos homens. Inicialmente, ambos os tipos de norma eram concebidos como algo que existia independentemente da vontade humana. Embora as tendências antropomórficas de todo o pensamento primitivo levassem os homens muitas vezes a atribuir os dois tipos de lei à criação de algum ser sobrenatural, ambos eram considerados

---

O direito nacional em sua forma mais original é, pois, efetivamente, não o resultado de um contrato ou de reflexão destinados a assegurar o bem-estar geral. Tampouco surge: na verdade, ao mesmo tempo que a nação, como afirma a escola histórica. Ao contrario, é anterior ao aparecimento daquela. Na realidade, é um dos vínculos mais fortes pelos quais a população de um território torna-se uma nação e atinge a organização do estado.

4 4Ver Gilbert Ryle, 'Knowing how and knowing that', *Proceedings of the Aristotelian Society,* 1945-6, e *The Concept of Mind* (Londres, 1949), cap. 2; ver também meu ensaio 'Rules, perception and intelligibility', *Proceedings of the British Academy*, xlviii, 1962, reeditado em meus *Studies in Philosophy, Politics and Economics* (Londres e Chicago, 1967) *(S. P. P. E.).*

verdades eternas que o homem podia tentar descobrir, mas não podia alterar.

Para o homem moderno, por outro lado, a ideia de que toda lei que governa a ação humana é produto de legislação parece tão óbvia, que a afirmação de que o direito é mais antigo que a legislação se lhe afigura quase paradoxal. No entanto, não pode haver dúvida de que existiam leis séculos antes de ocorrer ao homem que ele podia fazê-las ou alterá-las. A ideia de que era capaz disso praticamente não surgiu antes da era clássica grega; posteriormente desapareceu, ressurgindo no final da Idade Média, quando gradualmente obteve aceitação mais geral[5]. Porém, na forma em que é hoje amplamente aceita, a saber, que toda lei é, pode e deve ser produto da livre invenção de um legislador, essa ideia é factualmente falsa, um produto errôneo daquele racionalismo construtivista que já descrevemos.

Veremos adiante que toda a concepção do positivismo jurídico, que atribui toda lei à vontade de um legislador, O trato oa latam Intencionalista característica do construtivismo, um retrocesso àquelas teorias segundo as quais as instituições humanas resultam de um plano, teorias que conflitam irreconciliavelmente com tudo o que sabemos acerca da evolução do direito e da maioria das outras instituições humanas.

Nosso conhecimento das sociedades pré-humanas e humanas primitivas sugere uma origem e determinação da lei diferentes daquelas

---

5 Ver Sten Gagnèr, Studien zur Ideengeschichte der Gesetzgebung (Uppsala, 1960); Alan Gewirt, Marsilius of Padua, Defender of Peace (Nova Iorque, 1951 e 1956); e T. F. T. Plucknett, Statutes and their Interpretation in the First Half of lhe Fourteenth Century (Cambridge, 1922).

presumidas pelas teorias que a atribuem à vontade de um legislador. E, embora a doutrina positivista também conflite flagrantemente com o que sabemos sobre a história de nosso direito, a história jurídica propriamente dita começa numa etapa suficientemente avançada da evolução para que suas origens se manifestem com clareza. Se quisermos libertar-nos da influência, muita difundida, da presunção Intelectual de que o homem em sua sabedoria planejou, ou poderia ter planejada, todo o sistema de normas jurídicas ou morais, devemos começar voltando a atenção para os primórdios da vida social primitiva e até pré-humana.

A teoria social tem muito que aprender a esse respeito com duas Jovens ciências, a ecologia e a antropologia cultural, que, sob muitos aspectos, se alicerçaram na teoria social inicialmente elaborada no século XVIII pelos filósofos da moral escoceses. No campo do direito, de fato, essas jovens disciplinas confirmaram amplamente o ensinamento evolucionista de Edward Coke, Matthew Halo, David Hume e Edmund Eurke, F. C. von Savigny, H. S. Maine e J. C. Carter, e são inteiramente contrárias ao construtivismo racionalista de Francis Bacon ou Thomas Hobbes, Jeremy Bentham ou John Austin, ou dos positivistas alemães, de Paul Laband a Hans Kelsen.

As lições da etologia e da antropologia cultural

São dois os principais pomos sobre os quais o estudos comparativo do comportamento lançou essa luz tão importante no que se refere à evolução do direito. Primeiro, tornou claro que os indivíduos aprenderam a observar (e a fazer cumprir) normas de conduta muito antes que estas

pudessem ser verbalizadas. Segundo, revelou que emas normas tinham evoluído por levarem à formação de uma ordem das atividades do grupo como um todo, atividades que, embora resultantes das regularidades das ações dos indivíduos, devem ser claramente distinguidas destas, visto que é a eficácia da ordem de ações resultante que determinará a preponderância de grupos cujos membros observam certas normas de condutas[6].

Dado que o homem se tornou homem e desenvolveu a razão e a linguagem ao viver por cerca de um milhão de anos em grupos unidos por normas comuns de conduta, e que um dos primeiros usos da razão e da linguagem deve ter sido ensinar a fazer cumprir essas normas estabelecidas, será útil considerar primeiramente a evolução de normas que foram apenas efetivamente observadas, antes de nos voltarmos para o problema de sua gradual verbalização. Encontraremos ordens sociais que se fundam em sistemas altamente complexos de normas de conduta desse gênero até entre animais situados em nível baixo da escala evolutiva. Para nossos objetivos presentes, não importa que nesses níveis evolutivos inferiores as normas sejam em sua maioria provavelmente inatas (ou geneticamente transmitidas) e poucas sejam aprendidas (ou 'culturalmente' transmitidas). Sabe-se hoje que, entre os vertebrados superiores, o aprendizado desempenha importante papel na transmissão dessas normas, de tal modo que novas normas podem difundir-se rapidamente entre grandes grupos e, no caso de grupos isolados, produzir tradições 'culturais' distintas[7]. Por

6 Ver meu ensaio 'Notes on the evolution of rules of conduct', em *(S. P. P. E)*.

7 O caso mais bem documentado e mais exaustivamente estudado de desenvolvimento de tradições 'culturais' distintas entre grupos isolados de animais da mesma espécie é o dos macacos japoneses macaca

outro lado, podemos afirmar com bastante segurança que também o homem é ainda guiado não só por normas aprendidas, como por algumas normas inatas. No momento estamos interessados sobre tudo nas normas aprendidas e na maneira como são transmitidas; mas, ao examinar o problema da inter-relação das normas de conduta com a ordem geral de ações resultante, não importa de que gênero de normas deveremos tratar, ou se, como em geral ocorrerá, ambos os gêneros interagem.

O estudo comparativo do comportamento demonstrou que, em muitas sociedades animais, o processo de evolução seletiva produziu formas de comportamento com elevado grau de ritualização, regidas por normas de conduta que têm o efeito de reduzir a violência e outros métodos destrutivos_ de adaptação, assegurando assim uma ordem de paz. Essa ordem baseia-se frequentemente na delimitação de extensões territoriais, ou 'propriedade', que serve não só para evitar lutas desnecessárias, como até permite que formas 'repressivas' de controle do crescimento da população sejam substituídas por formas 'preventivas', impossibilitando, por exemplo, que o macho que não estabeleceu um território copule e se reproduza. Muitas vezes encontramos ordens hierárquicas complexas a garantir que apenas os machos mais fortes se reproduzam. Ninguém que tenha estudado a literatura sobre sociedades animais considerará simples metáfora, por exemplo, a referência de um autor ao 'elaborado sistema de manutenção da

---

que, em época relativamente recente, foram separados, em decorrência da expansão das áreas cultivadas pelo homem, em diferentes grupos que parecem ter adquirido, em pouco tempo, traços culturais claramente distinguiveis. Ver também a este respeito J. E. Frisch, 'Research on primate behaviour in Japan', em American Anthropologist, lxi, 1959; F. Imanishi, 'Social behavior in Japanese monkeys: "Macaca fuscata" Psychologia, I. 1957; e S. Kawamura, 'The process of subcultural propagation among Japanese macaques em C. H. Southwick (ed.). Primate Social Behaviour (Princeton, 1963).

propriedade' dos lagostins e ás exibições cerimoniais através das quais esta é conservada[8], ou as palavras com que outro conclui uma descrição da rivalidade entre os sábias: 'a vitória cabe não aos fortes, mas aos que têm superioridade moral — e estes são, naturalmente, os donos da propriedade'[9].

Só podemos mencionar aqui estes poucos exemplos dos mundos fascinantes que esses estudos gradualmente nos revelam[10], visto que nos devemos voltar para os problemas que surgem quando o homem, vivendo em grupos regidos por uma multiplicidade de normas, desenvolve gradualmente a razão e a linguagem e as utiliza para ensinar e fazer cumprir as normas. No momento é suficiente compreender que as normas efetivamente existiam, serviam a uma função essencial à preservação do

---

8 V. C. Wynne-Edwards, Animal Dispersion in Relation to Social Behaviour (Edimbur go, 1966), página 456; ver também ibid., página 12:

> Substituir, como objeto de competição, o alimento de fato contido num terreno por uma parcela deste, de modo que cada indivíduo ou unidade familiar possa explorar um território próprio é a mais simples e direta modalidade de convenção limitadora possível. (...) Em capítulos posteriores dedica-se grande espaço ao estudo da variedade quase infinita dos fatores de limitação da densidade. (...) O território alimentar que acabamos de considerar é bastante concreto. (...) Veremos que metas abstratas são especialmente características das espécies gregárias.

e ibid., página 190:

> Esta situação pouco revela de novo no que diz respeito à humanidade, exceto quanto ao grau de complexidade; todo comportamento convencional é inerentemente social e de caráter moral; assim, descobrimos que, longe de ser um atributo exclusivamente humano, o código primário de convenções que evoluiu para impedir que a densidade populacional excedesse o nível ótimo origina-se não só das classes vertebradas inferiores, mas parece bem estabelecido também entre os ramos invertebrados.

9 David Lack, *The Life of the Robin*, edição revista (Londres, 1946), página 35.

10 Além das conhecidas obras de Konrad Z. Lorenz e N. Tinbergen, ver I. Eibl-Eibesfeldt, Grundlagen der vergleichenden Verhaltensforschung Ethologie (Muni que, 1967); e Robert Aidrey, The Territorial Imperative (Nova Iorque, 1966).

grupo e eram eficazmente transmitidas e aplicadas, embora nunca tivessem sido 'inventadas', verbalizadas, ou possuído um 'propósito' conhecido por alguém.

Nesse contexto, norma significa simplesmente uma tendência ou disposição a agir ou não de determinada maneira, que se manifestará no que chamamos de uma prática[11], ou costume. Como tal, será um dos determinantes da ação, o qual, no entanto não precisa manifestar-se em cada ato isolado, podendo prevalecer apenas na maioria dos casos. Qualquer dessas normas atuará sempre em combinação, e com frequência em competição, com outras normas ou disposições e com determinados impulsos e a predominância de uma norma em determinado caso dependerá da força da tendência que ela expressa e das outras disposições ou impulsos que atuam ao mesmo tempo. O conflito que frequentemente surgirá entre desejos imediatos e as normas ou inibições interiorizadas é suficientemente confirmado pela observação dos animais[12].

Deve-se frisar, em particular, que essas tendências ou disposições dos animais superiores terão com frequência caráter altamente geral ou abstrato, isto á, serão dirigidas a uma classe muito ampla de ações, que podem diferir muitíssimo entre si nos seus detalhes. Nesse sentido, serão certamente muito mais abstratas do que tudo que a linguagem incipiente poma expressar. Para se compreender o processo da enunciação gradual de normas não foram observadas por muito tempo, ê importante lembrar que

---

11 Ver J. Rawls, 'Justice as fairness', *Philosophical Review*, lxvii, 195.

12 Ver, por exemplo, a descrição em Konrad Z. Lorenz, King Solomon's Ring (Londres e Nova Iorque, 1952), página 188, citada adiante neste capítulo.

as abstrações; longe de ser produto da linguagem, !oram desenvolvidas pela mente muito antes sue esta tivesse desenvolvido a linguagem[13]. A origem e função dessas normas que regem tanto a ação quanto o pensamento é, portanto, uma questão totalmente diversa daquela de como vieram a ser verbalmente expressas. Sem dúvida, mesmo em nossos dias, as normas que foram assim enunciadas, podendo ser comunicadas pela linguagem, constituem apenas uma parte de todo o complexo das normas que orientam as ações do homem enquanto ser social. Por exemplo, duvido que alguém já tenha conseguido formular todas as normas que constituem o 'jogo limpo' ('fair play').

Devemos portanto supor que mesmo as primeiras tentativas intencionais de lideres ou chefes tribais para manter a ordem se realizaram no âmbito de uma dada estrutura de normas, embora fossem normas que existiam apenas na forma de um 'conhecimento de como' agir e não na forma de um 'conhecimento de que' pudessem ser expressas em tais e tais termos.

A linguagem certamente teria sido usada cedo para ensiná-las, mas apenas como um meio de indicar as ações especificas necessárias ou proibidas em determinadas situações. Do mesmo modo, na aquisição da linguagem em si, o indivíduo teria de aprender a agir segundo normas pela imitação de ações especificas a elas correspondentes. Enquanto a linguagem não está suficientemente desenvolvida para expressar normas gerais, não há outra maneira por que as normas possam ser ensinadas. Mas, conquanto

---

13 Ver meu ensaio sobre The primacy of the abstract', em A. Koestler e J. R. Smithies (eds.), Beyond Reductionims: New Perspectives in the Life Sciences (Londres, 1969).

nessa etapa não existam sob forma expressa, as normas existem no entanto efetivamente no sentido de que norteiam a ação. E aqueles que primeiro tentaram expressá-las em palavras não inventaram normas novas, mas procuraram explicitar aquilo com que já estavam familiarizados[14].

Embora ainda não generalizada, a ideia de que a linguagem muitas vezes não consegue expressar tudo que a mente é capaz de levar em conta ao determinar a ação, ou 'a de que com frequência não somos capazes de verbalizar tudo que sabemos pôr em prática, foi evidenciada em muitos campos[15]. Tem estreita relação com o fato de que s normas que regem a ação serão comumente muito mais gerais e abstratas do que tudo que a linguagem já seja capaz de expressar. Essas normas abstratas são aprendidas pela imitação de ações especificas, a partir das quais o indivíduo adquire, 'por analogia', a capacidade de agir em outros casos com base nos mesmos princípios que, no entanto, ele nunca poderia enunciar como tais. No que concerne ao nosso estudo, isso significa que não somente a tribo primitiva, mas também em comunidades mais avançadas, o chefe ou soberano usará sua autoridade para duas finalidades bem diversas: para ensinar ou fazer cumprir normas de conduta que considera bem assentes, mesmo que não tenha muita noção do .porquê de sua importância nem daquilo que depende da sua observância; e também para Fazer determinações relativas a ações que lhe parecem necessárias te consecução de cerras propósitos.

---

14 Ver as obras de Noam Chomsky, especialmente Current Issues in Linguisíic Theory (Haia, 1966); e Kenneth L. Pike, Language in Relation to a United Theory of the Structure of Human Behaviour (Haia, 1967).

15 Ver Michael Polanyi, Personal Knowledge (Londres e Chicago, 1958), especialmente caps. 5 e 6 sobre 'Skills' e 'Articulation', e meu ensaio sobre 'Rules, perception and intelligibility' em S. P. P. E.

Sempre haverá setores de atividade em que não interferirá, contato que os indivíduos observem as normas reconhecidas, mas, em algumas ocasiões, como expedições de caça, migrações ou guerra, suas ordens terão de dirigir os indivíduos a ações particulares.

O caráter diferente dessas duas maneiras pelas quais a autoridade pode ser exercida se manifestaria mesmo em condições relativamente primitivas no fato de que, no primeiro caso, sua legitimidade poderia ser questionada, enquanto no segundo, não: o direito do chefe de exigir determinado comportamento dependeria do reconhecimento geral de uma norma correspondente, ao passo que suas instruções aos participantes de um empreendimento conjunto seriam estabelecidas pelo seu plano de ação e pelas circunstâncias particulares conhecidas por ele, mas não necessariamente pelos dentais. A necessidade de justificar determinações do primeiro tipo ê que levaria a tentativas de formular as normas que tais instruções se destinariam a fazer cumprir. Essa necessidade de expressar verbalmente as normas surgiria também no caso de litígios que o chefe fosse chamado a dirimir. A formulação explicita em norma verbal da prática ou costume assentes visaria á obtenção de concordância quanto à sua existência e não à criação de uma nova norma; e dificilmente conseguiria mais que exprimir inadequada e parcialmente o que era muito conhecido na prática.

O processo de enunciação gradual em palavras do que fora há muito tempo uma prática firmada deve ter sido lento e complexo[16]. As primeiras

16 Talvez deva ser assinalado que a distinção entre normas explicitadas e não explicitadas não se confunde com aquela mais conhecida entre lei escrita e não escrita — nem no sentido literal desses termos, nem no

tentativas canhestras de verbalizar o que a maioria observava na prática em geral não conseguiam expressar apenas o que os indivíduos efetivamente levavam em conta na determinação de suas ações, nem esgotá-lo. Portanto, as normas não formuladas contêm geralmente, ao mesmo tempo, mais e menos do que a fórmula verbal consegue expressar. Por outro lado, a formulação tornar-se-á frequentemente necessária porque o conhecimento 'intuitivo' pode não fornecer uma resposta clara a uma pergunta especifica. Desse modo,
o processo de formulação, ainda que não o pretenda, produz na realidade novas normas. Mas as normas expressas não se tornam com isso capazes de substituir inteiramente as não expressas; ao contrário, elas só atuarão e serão inteligíveis no interior de uma estrutura de normas ainda não expressas.

Embora o processo de formulação de normas preexistentes muitas vezes acarrete, então, alterações no corpo dessas normas, isso não abalará a ideia de que os formuladores das normas simplesmente descobrem e enunciam normas já existentes, a isto se limitando seu poder — tarefa em que os homens, falíveis, erram frequentemente, mas em cujo desempenho não têm livre escolha. Será considerada uma tarefa de descoberta de algo já existente, não de criação de algo novo, ainda que possa redundar na criação de algo antes inexistente.

---

sentido em que lei emanada do legislativo e por vezes definida como lei escrita em contraposição à lei consuetudinária. A lei não escrita, oralmente transmitida, pode ser plenamente explicitada e frequentemente o foi. No entanto, um sistema como o do direito consuetudinário permite que se levem em consideração normas ainda não explicitadas, que muitas vezes serão verbalizadas pela primeira vez por um juiz crtipenhado em expressar o que justificadamente considera uma lei existente.

Isso se aplica mesmo aos casos, sem dúvida frequentes, em que aqueles chamados a decidir são levadas a formular normas que jamais tinham pautado qualquer conduta. Ocupam-se não só de um corpo de normas, mas também da ordem de ações resultante da observância dessas normas, a qual os homens descobrem num processo continuo e cuja preservação pode requerer normas especificas. É bem possível que a preservação da ordem de ações existente, a que visam todas as normas reconhecidas, requeira alguma outra norma que possibilite a resolução de litígios que não podem ser dirimidos com base nas normas firmadas. Nesse sentido, uma norma que ainda não exista sob nenhuma forma pode, contudo, revelar-se 'implícita' no corpo de normas existente, não no sentido de ser logicamente dedutível delas, mas no sentido de que, para que outras alcancem seu objetivo, essa norma adicional se faz necessária.

Normas factuais e normas prescritivas

É importante reconhecer que, quando tratamos de normas não formuladas, uma distinção que parece muito clara e óbvia com respeito a normas formuladas perde a nitidez, podendo tornar-se, por vezes, até impossível de estabelecer. Trata-se da distinção entre as normas descritivas, que enunciam a recorrência regular de certas sequências de eventos (entre as quais ações humanas), e as normas prescritivas, que declaram que tais sequências 'devem' ocorrer. E difícil dizer em que etapa especifica da transição gradual da observância inteiramente inconsciente dessas normas para a sua formulação explicita essa distinção se torna significativa. Uma inibição inata, que impede um homem ou animal de realizar determinada

ação, mas da qual ele é inteiramente inconsciente, seria uma 'norma'? Tornar-se-ia uma 'norma' quando um observador pode ver de que modo um desejo e uma inibição conflitam, como no caso do lobo de Konrad Lorenz, cujas atitudes ele descreve dizendo: 'Via-se que o lobo gostaria de morder o pescoço exposto do oponente, mas simplesmente não conseguia fazê-lo'?[17]. Ou quando leva a um conflito consciente entre um impulso especifico e um sentimento de que 'não se deve fazer isso'? Ou quando esse sentimento é expresso em palavras eco não devia'), mas aplica-se ainda apenas ao indivíduo? Ou quando, embora ainda não expressa como norma verbal, o sentimento é compartilhado por todos os membros do grupo, levando sua infração a_ expressões de censura ou mesmo a tentativas de impedi-la e puni-la? Ou somente quando é aplicada por uma autoridade reconhecida, ou expressamente formulada?

Tudo indica que o caráter específico geralmente atribuído às 'normas', que as faz pertencer a um plano de discurso diferente do das constatações factuais, pertence apenas ás normas formuladas e, mesmo nesse caso, só quando se quer saber se devemos ou não obedecer a elas. Enquanto essas normas forem meramente obedecidas na prática (sempre, ou pelo menos na maioria dos casos), e sua observância só for verificável a partir do comportamento efetivo, elas não diferirão das normas descritivas; são importantes como um dos determinantes da ação, uma tendência ou inibição cuja atuação inferimos daquilo que observamos. Mesmo se essa tendência ou inibição for produzida pelo ensinamento de uma norma

---

17 Konrad Z. Lorenz, *op. cit.* página 188.

expressa, seu efeito sobre o comportamento real permanecerá um fato. Para o observador, as normas que orientam as ações dos membros de um grupo fazem parte dos determinantes dos eventos que ele percebe e que o tornam capaz de explicar a ordem geral de ações, tal como ele a percebe.

Isso, é claro, não altera a circunstância de que nossa linguagem é de tal modo constituída que nenhuma inferência válida permite passar de uma afirmação que contém apenas uma descrição de fatos a uma afirmação do que deveria ser. Mas nem todas as conclusões a que isso frequentemente tem levado são impositivas. O que essa circunstância revela é apenas que, de uma simples constatação de fatos, nos se pode inferir nenhuma afirmação relativa á ação apropriada, desejável ou oportuna, nem qualquer decisão sobre a necessidade de qualquer ação. Uma só se pode seguir à outra caso se aceite ao mesmo tempo algum fim como desejável e o raciocínio tome a seguinte forma: 'se quiseres isso, deves fazer aquilo'. Mas, se as premissas incluírem tal suposição quanto ao fim desejado, normas prescritivas de vários gêneros podem ser delas inferidas.

Para a mente primitiva não há distinção clara entre a única maneira pela qual se pode obter determinado resultado e a maneira pela qual se deveria obtê-lo. O conhecimento de causa e efeito e o conhecimento de normas de conduta são ainda indistinguíveis: há apenas conhecimento da maneira como se deve agir a fim de alcançar qualquer resultado. Para a criança que está aprendendo a somar ou multiplicar, o modo como isso deve ser feito é também a única forma de obter o resultado visado. Só quando descobre que, além da maneira que lhe foi ensinada, há outras que

levarão ao mesmo resultado, pode surgir um conflito entre o conhecimento dos fatos e as normas de conduta estabelecidas no grupo.

As ações propositadas só diferem das ações orientadas por 'norma na medida em que, no tocante ao que geralmente consideramos uma ação propositada, supomos que o propósito é conhecido pelo agente; ao passo que, no tocante á ação orientada por norma, as razões por que o indivíduo considera um modo de agir como sendo um meio possível de alcançar um resultado desejado e outro como não o sendo lhe serão muitas vezes desconhecidas. No entanto, considerar um tipo de ação adequado e outro inadequado é igualmente resultado de um processo de seleção do que é eficaz, seja a eficácia consequência de a ação específica produzir os resultados desejados pelo indivíduo, seja consequência de a ação desse tipo revelar-se ou não propícia ao funcionamento do grupo como um todo. Portanto, com frequência, todos os membros de um grupo fazem determinadas coisas de determinada maneira não porque só assim alcançarão o que pretendem, mas porque somente agindo dessa forma se preservará a ordem dó grupo na qual suas ações individuais têm probabilidade de êxito O grupo pose ter subsistido apenas porque seus membros desenvolveram e transmitiram práticas que o tornaram em seu conjunto mais eficiente que outros; mas não é necessário que nenhum membro do grupo saiba por que certas coisas são feitas de certa maneira.

Obviamente a existência de normas num dado grupo de homens nunca foi negada. O que se tem questionado é que, da circunstância de serem as normas efetivamente obedecidas, se possa concluir que seja um dever essa obediência. Evidentemente essa conclusão só é possível se for

tacitamente admitido que se deseja a sobrevivência do grupo. Mas se tal sobrevivência é considerada desejável, ou mesmo se a existência ulterior do grupo como entidade dotada de certa ordem pressuposta como um fato, segue-se então que certas normas de conduta (não necessariamente todas as que são observadas no presente) deverão ser seguidas por seus membros[18].

O direito antigo

Talvez seja mais fácil agora entender por que encontramos em toda civilização antiga um corpo de direito como o 'dos medos e dos persas, imutável', e por que toda legislação' antiga consistiu em tentativas de registrar e tornar conhecido um direito concebido como um legado inalterável. Um 'legislador' podia empenhar-se em depurar o direito de supostas corrupções, ou em restaurar sua pureza original, mas não se cogitava de que ele pudesse fazer um novo direito. Os historiadores do direito concordam que, nesse sentido, todos os famosos 'legisladores' antigos, de Ur-Nammu[19] e Hamurábi a Sólon, Licurgo e os autores das Doze Tábuas Romanas, não tencionaram criar um novo direito, mas simplesmente enunciar qual era e sempre fora o direito[20].

---

18 Ver minha conferência sobre Die Irrtümer des Konstruktivismus und die Grundlagen legitimer Kritik geselfschaftlicher Gebilde (Munique e Salzburgo, 1970), páginas 24 et seq.

19 Ver S. N. Kramer, History Begins at Sumer (Nova Iorque, 1952), página 52,

20 Isto obviamente não impediu que estes homens viessem mais tarde a ser considerados os inventores do direito, dado que tinham sido seus codificadores. Ver John Burnet, 'Law and nature in Greek ethics', International Journal of Ethics, vii, 1897, página 332:

> Mas um código legal elaborado por um legislador conhecido, um Zalenkos ou um Carondas, um Licurgo ou um Sôlon, não podia ser aceito dessa maneira como parte da ordem permanente das coisas. Era obviamente 'feito', e portanto, do ponto de vista de vols, artificial e arbitrário. Aparentemente poderia ter sido feito também de outro modo, ou não ter sido feito de modo

Entretanto, se ninguém tinha o poder ou a intenção de alterar o direito, e somente o direito antigo era considerado bom, isso não significa que o direito não continuasse a se desenvolver. Significa simplesmente que as alterações que efetivamente ocorriam não resultavam da intenção ou do plano de um legislador. Para um governante cujo poder repousasse basicamente na expectativa de que faria cumprir leis consideradas assentes independentemente dele, estas com frequência lhes devem ter parecido mais um obstáculo a seus esforços de organização deliberada do governo que um meio para a execução de seus propósitos conscientes. Era naquelas atividades que não podiam ser diretamente controladas — sobretudo nas relações dos súditos com estrangeiros — que se desenvolviam novas normas fora do âmbito das leis aplicadas pelos governantes, enquanto estas tendiam a se tornar mais rígidas precisamente na medida em que tinham sido verbalmente expressas. Assim, a evolução das normas de conduta independentes de propósito, capazes de produzir uma ordem espontânea, terá ocorrido muitas vezes em oposição aos objetivos dos governantes, que tendiam a tentar transformar seu domínio numa organização propriamente dita. É principalmente no *ius gentium*, no direito comercial e nas práticas dos portos e feiras que devemos buscar as etapas da evolução do direito que acabou possibilitando a existência de uma sociedade aberta. Talvez até se possa dizer que a evolução de normas universais de conduta não começou no interior da comunidade organizada da tribo, mas sim com o primeiro caso de escambo tácito, quando um selvagem depositou algumas oferendas

algum. Uma geração que vira leis sendo feitas não podia deixar de indagar se toda a moral não fora igualmente 'feita'.

na fronteira do território de sua tribo, na expectativa de que, de maneira semelhante, lhe fizessem um presente em troca, iniciando assim um novo costume. Em todo caso, não foi pela orientação de governantes, mas pelo desenvolvimento de costumes sobre os quais se podiam basear as expectativas dos indivíduos, que as normas gerais de conduta vieram a ser aceitas.

A tradição clássica e a medieval

Embora a concepção de que o direito é produto da vontade humana tenha sido integralmente desenvolvida pela primeira vez na Grécia antiga, sua influência sobre a prática efetiva da política permaneceu limitada. Da Atenas clássica, no apogeu de sua democracia, sabemos que 'em tempo algum foi legal alterar as leis por um simples decreto da assembleia. O proponente de tal decreto estava sujeito à famosa "acusação por procedimentos ilegais", que, caso aceita pelos tribunais, invalidava o decreto e também, no curso do mesmo ano, expunha o autor do projeto a severas penalidades[21]. Uma modificação das normas básicas de conduta justa, os nomoi, só podia ser efetuada por um complexo procedimento de que participava uni órgão especialmente eleito, o nomothetae. No entanto, encontramos já na democracia ateniense os primeiros conflitos entre a vontade irrestrita do povo 'soberano' e a tradição do estado de direito[22]; e

---

21 A. H. M. Jones, Athenian Democraey (Oxford, 1957), página 52.

22 Ver Lord Acton, History of Freedom (Londres, 1907), página 12:

> Numa ocasião memorável, os atenienses reunidos declararam monstruoso que fossem impedidos de fazer o que quisessem; nenhuma força existente pôde contê-los, e decidiram que nenhum dever moral os restringiria e que não se submeteriam a nenhuma lei que não fosse feita por eles próprios. Assim o povo emancipado de Atenas converteu-se num tirano.

foi sobretudo porque a assembleia frequentemente recusava as restrições impostas pelas leis, que Aristóteles se voltou contra essa forma de democracia, à qual negou até mesmo o nome de constituição[23]. É nos debates travados nesse período que encontramos os primeiros esforços persistentes para traçar uma distinção clara entre o direito e a vontade particular do governante.

O direito dos romanos, que influenciou tão profundamente todo o direito ocidental, resultou ainda menos de legislação intencional. Como todo direito antigo, desenvolveu-se numa época em que 'se considerava que o direito e as instituições da vida social sempre tinham existido e ninguém fazia perguntas acerca de sua origem. A ideia de que o direito pudesse ser criado pelo homem era estranha ao 'pensamento dos antigos'[24]. Só em eras posteriores surgiu 'a crença ingênua de que todo o direito deve fundar-se em legislação'[25]. Na verdade, o direito civil romano clássico, em que se

---

23 Aristóteles, Politics, IV, iv, 4, 1292a, edição Loeb, página 305:

> E pareceria uma critica razoável dizer que uma tal democracia não é absolutamente uma constituição; pois ali onde as leis não governam não há constituição, uma vez que o direito deveria reger todas as coisas enquanto os magistrados controlam os detalhes, e deveriamos submeter a julgamento esse governo constitucional; se a democracia é então realmente uma forma de constituição, é notório que uma organização desse gênero, em que todas as coisas são conduzidas por resoluções da assembléia, não é sequer uma democracia no sentido próprio, pois é impossível a uma resolução votada constituir uma norma universal.

24 Max Kaser, Römische Rechtsgeschichte (Göttingen, 1950), página 54.

25 Ibid. Ver também Max Rheinstein, 'Process and change in the cultural spectrum coincidem with expansion: government and law em C. H. Kraeling e R. M. Adams (eds.), City ínvincible (Chicago, 1960). página 117:

> A ideia de que normas válidas de conduta pudessem ser estabelecidas por meio de legislação caracterizou os estágios finais da história grega e romana; na Europa Ocidental, permaneceu latente até a descoberta do direito romano e a ascensão da monarquia absoluta. A proposição de que toda lei é a determinação de um soberano é um postulado engendrado pela ideologia democrática da Revolução Francesa segundo o qual toda lei deveria emanar dos representantes

baseou a compilação final de Justiniano, resultou quase inteiramente da descoberta de leis por juristas, tendo sido produto de legislação apenas em proporção muito pequena[26]. Por um processo bastante semelhante àquele pelo qual, mais tarde, se desenvolveu o direito consuetudinário inglês, e diferindo deste sobretudo no fato de que o papel decisivo foi desempenhado mais pelas opiniões de estudiosos do direito (os jurisconsultos) que por decisões de juízes, um corpo de leis se constituiu através da enunciação gradual dos conceitos vigentes de justiça, e não por legislação[27]. Somente no final dessa evolução, não em Roma, mas em Bizâncio, e sob a influência do pensamento helenístico, os resultados desse processo vieram a ser codificados sob o imperador Justiniano, cuja obra foi depois indevidamente considerada o modelo de um corpo de leis criado por um governante e expressando sua 'vontade',

Contudo, até a redescoberta de A Política, de Aristóteles, no século XIII, e a aceitação do código de Justiniano, no século XV, a Europa Ocidental passou por outro período de quase mil anos em que o direito voltou a ser considerado algo dado independentemente da vontade humana, algo a descobrir, não a fazer, período em que a concepção de que

do povo devidamente eleitos. Não constitui, porém, uma descrição fiel da realidade, sobretudo nos paises do Direito Consuetudinário anglo-saxônio. Sobre Roma em particular, ver Theodor Mommsen. Abriss des rõmischen Staatsrechis (Leipzig. 1893), página 319: 'Aber auch mil Hinzuziehung der Bürgerschaft hat der Magistrat der bestehenden Rechtsordnung gegenüber keineswees freie Hand. Im Gegenteil gilt diese, ais nicht durch die Comitien geschaffen, auch nicht ais von ihrem Belieben abháncing. vielmehr ais ewig und unveránderlich*.

26 Peter Stein, *op. cit*., página 20: 'Os romanos não recorriam prontamente à legislação em questões de direito privado’.

27 Ver W. W. Buckland e A. D. McNair, Roman Law and Common Law (Cambridge, 1936).

o direito podia ser deliberadamente feito ou alterado parecia quase sacrílega. Essa atitude, percebida por muitos estudiosos mais antigos", mereceu de Fritz Kern uma descrição clássica, e não podemos fazer melhor que citar suas principais conclusões[28]:

Quando surge um caso para o qual não se pode aduzir nenhuma lei válida, os homens da lei, ou juízes, farão nova lei convictos de estarem fazendo a boa lei antiga, que na verdade não lhes foi expressamente transmitida, mas existe tacitamente. Portanto, não criam a lei: 'descobrem-na'. Para a mente medieval, qualquer julgamento especifico em tribunal, que consideramos uma inferência especifica a partir de uma norma jurídica geral consagrada, não se distinguia de modo algum da atividade legislativa da comunidade; em ambos os casos se descobre, não se cria, uma lei oculta, mas já existente. Na Idade Média não há nada que equivalha à 'primeira aplicação de uma norma jurídica'. A lei é antiga; lei nova é uma contradição nos termos; pois, ou a lei nova é explicita ou implicitamente deduzida da

---

28 Além dos autores citados em F. A. Hayek, The Constitution of Liberty (Londres c Chicago, 1960) [Os fundamentos da liberdade (São Paulo e Brasília, 1983)], página 163 e notas 5 e 6, ver R. Sohm, Frànkische Reichs und Gerichtsverfassung (Weimar, 1871), página 102: 4Das Volksrecht ist das Recht des deutschcn Rechts. Das Volksrecht ist das Stammesgcwohnheitsrccht. Die gesetzgebende Gewalt ist in der Staatsgewalt nicht enthalten. Die capitula sind nicht Rechtsnormen, sondem Norm für die Ausübung der kõniglichen Gewalt'; J. E. A. Jolliffe, The Constitutional History of Medieval England from the English Settlement to 1485, segunda edição (Londres, 1947), página 334:

> Até meados do scculo XIII, a primitiva concepção de uma sociedade que vivia sob a égide dí um direito herdado privara o rei da qualidade de legislador e restringira o commune consilium ao reconhecimento do costume, e à participação em decisões relativas a direitos e procedimentos por meio de inquérito. Sem dúvida fizeram-se alterações vitais, mas de um modo que ocultou sua ver-dadeira natureza enquanto alteração legislativa. Uma nota de rodapé referente a esta passagem assinala que Bracton só considerava permissível legem in melius convertire, e não legem mutare. Conclusão semelhante pode ser encontrada em F. Fichtenau, Arenga, Spatantike und Mittelalter im Spiegel von Urkundenformeln (Graz e Colônia, 1957), página 178: 'Früher war dem Herrscher allein das leges custodire aufgegcbcn gewesen, Recht und Gesetz standen ja über ihm und das Neue musste stets im Alten seine Begründung finden'.

antiga, ou conflita com ela, e neste caso não é legitima. A ideia fundamental permanece a mesma: a lei antiga é a verdadeira, e a lei verdadeira é a antiga. Segundo as ideias medievais, portanto, a promulgação de lei nova não é de modo algum possível; e toda legislação e reforma da lei são concebidas como uma restauração da boa lei antiga, que fora violada.

A história da evolução intelectual pela qual, do século XIII em diante e, principalmente, na Europa continental, a legislação veio a ser lenta e gradualmente considerada um ato da vontade deliberada e irrestrita do governante é demasiado longa e complexa para que a narremos. Pelos estudos detalhados desse processo, ela se mostra estreitamente relacionada com a ascensão da monarquia absoluta, quando se formaram as concepções que mais tarde regeram as aspirações de democracia[29]. Essa evolução foi acompanhada de uma progressiva absorção desse novo poder de formular novas normas de conduta justa pelo poder muito mais antigo que os governantes sempre tinham exercido — o de organizar e dirigir o aparelho governamental —, até que ambos os poderes se confundiram inextricavelmente no que veio a ser considerado o poder único de 'legislar'. A principal resistência a esse desdobramento veio da tradição do `direito natural' Conforme vimos, os últimos escolásticos espanhóis usavam a palavra 'natural' como termo técnico para designar o que nunca foi inventado ou planejado tendo evoluído em resposta às exigências da situação. Mesmo essa tradição, porém, perdeu seu vigor quando, no século

29 Fritz Kcrn, Kingship and law in the Middle Ages, trad. S. B. Chrimes (Londres, 1939), página 151; o. Barraclough, Law Quarterly Review, Ivi, 1940, página 76, qualifica esta obia aos seguintes termos: 'dois ensaios notáveis, cujas conclusões, embora possam ser alteradas ou limitadas, certamente jamais serão contestadas'.

XVII, o 'direito natural' passou a ser entendido como desígnio da ‘razão natural'.

O único país que conseguiu preservar a tradição da Idade Média e erigiu sobre as 'liberdades' medievais o conceito moderno de liberdade sob a égide do direito foi a Inglaterra. Isso se deveu em parte ao fato de ter a Inglaterra escapado a uma aceitação indiscriminada do direito romano em sua forma final e, com isso, à concepção do direito como criação de algum governante, mas provavelmente deveu-se sobretudo à circunstância de que os juristas do direito consuetudinário daquele pais tinham desenvolvido concepções bastante semelhantes às da tradição do direito natural, porém não enunciadas na enganosa terminologia dessa escola. No entanto, `no século XVI e inicio do XVII, a estrutura politica da Inglaterra não era ainda fundamentalmente diferente da dos países da Europa continental, e ainda não se sabia ao certo se a nação desenvolveria ou não uma monarquia absoluta altamente centralizada, como o fizeram os países do continente’[30]. O que impediu que isso ocorresse foi a tradição, profundamente arraigada, de um direito consuetudinário que não era concebido como produto de uma vontade, mas como um entrave a todo poder, inclusive o do rei — tradição que Edward Coke defenderia em oposição ao rei Jaime I e Francis Bacon e que Matthew Hale, no fim do século XVII, reafirmaria magistralmente em oposição a Thomas Hobbes[31].

---

30 Ver em particular Sten Gagnèr, op. cit.

31 Creio que esta passagem, cuja referenda perdi, ê de F. W. Maitland. Ver também A. V. Dicey, Law of the Constitution, nona edição (Londres, 1939), página 370:

A liberdade dos britânicos, que no século XVIII toda a Europa veio a admirar, não foi, assim — como os próprios britânicos foram dos primeiros a acreditar, e como Montesquieu, mais tarde, ensinou ao mundo —, originalmente produto da separação dos poderes entre legislativo e executivo, mas antes uma decorrência do fato de as decisões dos tribunais serem regidas pelo direito consuetudinário, um direito que existia independentemente da vontade de qualquer pessoa e que, ao mesmo tempo, se impunha aos tribunais independentes e era por eles desenvolvido, Tratava-se de um direito em que o parlamento só raramente interferia, fazendo-o geralmente apenas para aclarar pontos duvidosos no seio de um determinado corpo de leis. Poder-seia até dizer que se desenvolveu uma espécie de separação de poderes na Inglaterra não porque somente o poder legislativo fazia leis, mas porque este não as fazia; porque as leis eram determinadas por tribunais independentes do poder que organizava e dirigia o governo, a saber, o poder daquilo que, na Inglaterra era erroneamente chamado `legislature'.

Os atributos distintivos do direito emanado do costume e do precedente

A importante conclusão a que se chega ao compreender o processo de evolução do direita é que as normas que dele emanam possuem necessariamente certos atributos que as leis inventadas ou criadas por um governante podem ou não apresentar, e é provável que só os apresentem se forem plasmadas segundo aquelas normas que emergem da explicitação de

L'm profissional do direito, que considera a matéria de um ponto de vista exclusivamente legal, ê tentado a afirmar que a verdadeira questão em debate entre estadistas como Bacon e Wentworth, de um lado, e Coke ou Eliot, de outro, era a conveniência de se estabelecer na Inglaterra uma administração forte do tipo europeu continental.

práticas previamente existentes. Só no próximo capitulo poderemos descrever exaustivamente todas as propriedades características do direito que é assim constituído e mostrar que ele foi o modelo do que os filósofos da politica consideraram por muito tempo o direito na acepção correta da palavra, tal como contida nas expressões: `estado de direito' ou 'supremacia do direito', 'governo sob a égide do direito', 'separação dos poderes', etc. No momento queremos ressaltar somente uma das propriedades peculiares desse cornos e mencionaremos as demais brevemente, antecipando uma análise posterior. O direito consistirá em normas independentes de propósito que regem a conduta dos indivíduos uns em relação aos outros, destinam-se a ser aplicadas a um número desconhecido de situações futuras e, ao definir o domínio protegido de cada um, possibilitam a formação de uma ordem de ações em cuja esfera os indivíduos podem fazer planos exequíveis. Essas normas são comumente chamadas normas abstratas de conduta e, embora a designação seja inadequada, vamos empregá-la provisoriamente com vistas a nosso objetivo imediato. A questão específica que desejamos destacar agora é que o direito que, assim como o direito consuetudinário, resulta do processo judicial é necessariamente abstrato, ao passo que o direito criado pelos ditames do governante pode não o ser.

A afirmação de que um direito baseado no precedente é mais abstrato, e não menos, que um direito expresso em normas verbais é tão contrária a um ponto de vista muito defendido — talvez mais entre juristas da Europa continental do que entre os anglos axônios —que requer uma justificativa mais completa. A questão central provavelmente não pode ser melhor expressa que numa famosa definição formulada pelo grande juiz do

século XVIII, Lord Mansfield, o qual enfatizava que o direito consuetudinário 'não consiste em casos particulares, mas em princípios gerais, que são ilustrados e elucidados por esses casos[32]. Ou seja, é parte da técnica do juiz do direito consuetudinário ser ele capaz de deduzir, a partir dos precedentes que o orientam, normas de sentido universal, aplicáveis a novos casos.

Um juiz do direito consuetudinário deve atentar sobretudo para as expectativas que as partes de uma transação teriam sensatamente formado, com .base nas práticas gerais sobre as quais assenta a ordem de ações vigente. Ao decidir quais das expectativas teriam sido sensatas nesse sentido, o juiz pode levar em coma somente as práticas (costumes ou normas) que de fato podiam determinar as expectativas das partes e os fatos que estas presumivelmente conheceriam. E essas partes só teriam sido capazes de formar expectativas comuns, numa situação que sob alguns aspectos deve ter sido singular, porque interpretaram a situação com base no que era considerado uma conduta apropriada, mesmo que não O conhecessem sob a forma de uma norma expressa.

Essas normas, que presumidamente nortearam as expectativas cm muitas situações semelhantes no passado, devem ser abstratas no sentido de

---

32 Ver W. S. Holdsworth, A History of English Law, vol. 5 (Londres, 1924), página 439:

> Foi nos escritos de Coke que esta concepção da supremacia do direito consuetudinário e outras concepções medievais ganharam sua forma moderna; portanto, foi basicamente em decorrência da influência de seus escritos que essas concepções medievais passaram a integrar nosso direito moderno. Se sua influência sobre algumas partes de nosso direito não foi de todo satisfatória, lembremos que elas livraram os ingleses de um procedimento penal autorizado a fazer uso da tortura, e que preservaram para a Inglaterra e para o mundo a doutrina constitucional do estado de direito.

se referirem a um número limitado de circunstâncias relevantes e de serem aplicáveis independentemente das consequências particulares que, no presente, parecem decorrer de sua aplicação. No momento em que o juiz é chamado a decidir sobre um processo, as partes em litígio já terão agido com vistas a seus próprios fins c, sobretudo, em circunstâncias especificas desconhecidas por qualquer autoridade. As expectativas que nortearam suas ações e levaram uma delas à frustração ter-se-ão baseado no que ambas julgaram ser práticas firmadas. O dever do juiz será informar às partes o que deveria ter norteado suas expectativas, não porque alguém lhes tivesse dito antes que essa era a norma, mas porque esse era o costume assente, de que elas deveriam ter conhecimento. Nessa situação, a função do juiz jamais poderá ser a de decidir se a ação efetivamente praticada foi adequada de um pomo de vista mais elevado, ou se serviu a determinado resultado desejado por uma autoridade, mas apenas se a conduta em questão se conformou a normas reconhecidas. O único bem pública de que ele pode cuidar é a observância das normas que se poderia esperar que os Indivíduos levassem em conta. Ele não atenta para qualquer propósito ulterior a que alguém possa ter pretendido que as regras servissem e do qual ele basicamente não terá conhecimento; e deverá aplicar as normas, mesmo que no caso em pauta as consequências conhecidas lhe pareçam totalmente indesejáveis[33]. Nessa função, não deve considerar, como frequentemente o salientaram juízes do direito consuetudinário, os desejos de um governante ou 'razoes de estado'. O que deve orientar sua decisão não é nenhum

33 Citado por W. S. Holusworih, Some Lessons from Legal Hisíory (Londres, 1928), página 18.

conhecimento do que o conjunto da sociedade requer em dado momento, mas exclusivamente o que é exigido pelos princípios gerais cm que se fundamenta a ordem vigente da sociedade.

Ao que tudo indica, a constante necessidade de explicitar normas, para melhor distinguir entre o relevante e o acidental nos precedentes que o orientam, desenvolve no juiz do direito consuetudinário uma capacidade de descobrir princípios gerais raramente adquirida pelo juiz que atua segundo um catálogo supostamente completo de normas aplicáveis. Quando as generalizações não se apresentam já prontas, evidentemente mantém-se viva uma capacidade de formular abstrações, capacidade que o uso mecânico de fórmulas verbais tende R destruir. O juiz do direito consuetudinário é obrigado a ter uma consciência muito maior de que as palavras sio sempre uma expressão apenas imperfeita daquilo que seus predecessores se esforçaram por explicitar.

Se atualmente as instruções de um legislador assumem com frequência a forma daquelas normas abstratas que emergiram do processo judicial, é porque foram plasmadas segundo aquele modelo. Mas é extremamente improvável que qualquer soberano, visando a organizar as atividades de seus súditos para a consecução de resultados previsíveis e definidos, tenha jamais alcançado seu objetivo por meio do estabelecimento de normas universais destinadas a reger igualmente as ações de todos. Restringir-se a fazer cumprir apenas essas normas, como o faz o juiz, exigiria um grau de abnegação que não se deve esperar de pessoas acostumadas a emitir ditames específicos e a tomar decisões segundo as exigências do momento. Os que tem por objetivo a obtenção de resultados

particulares provavelmente não inventarão normas abstratas. O que tornou impositivo definir os tipos de comportamento que deveriam ser reprimidos foi a necessidade de preservar uma ordem de ação que ninguém criara, mas que era perturbada por certos comportamentos.

Por que o direito oriundo de um processo evolutivo requer correção por legislação

O fato de que todo direito resultante da tentativa de explicitar normas de conduta possuirá necessariamente algumas propriedades desejáveis, que as determinações de um legislador podem não apresentar, não significa que, sob outros aspectos, esse direito não possa desenvolver-se em direções extremamente indesejáveis, e que, quando isso ocorre, a correção por meio de legislação intencional não possa ser a única saída viável. Por diversas razões, o processo espontâneo de evolução pode chegar a um impasse, do qual não consegue escapar por suas próprias forças ou que, pelo menos, não corrigirá com suficiente rapidez. O desenvolvimento do direito emanado de decisões judiciais em casos concretos (*case law*) dá-se, sob alguns aspectos, numa espécie de rua de mão única: depois de ter caminhado uma distância considerável em certa direção, com frequência não consegue retroceder quando fica claro que algumas implicações de decisões anteriores são indesejáveis. O fato de o direito que se desenvolveu dessa maneira ter certas propriedades desejáveis não prova que será sempre um bom direito ou

mesmo que algumas de suas normas não possam ser péssimas. Portanto, não significa que podemos dispensar por completo a legislação[34].

Não podemos prescindir dela também por várias outras razões. Uma é que o processo de desenvolvimento judicial do direito é forçosamente gradual, podendo provar-se demasiado lento para permitir que este se adapte com a desejável rapidez a circunstâncias inteiramente novas. No entanto, talvez a razão mais importante seja que é não apenas difícil, mas também indesejável, que decisões judiciais invertam um desenvolvimento que já ocorreu e mostrou posteriormente ter tido consequências inconvenientes ou provou-se cabalmente errôneo. O juiz não estará desempenhando sua função se frustrar expectativas sensatas criadas por decisões anteriores. Embora possa aperfeiçoar o direito ao decidir sobre questões genuinamente duvidosas, o juiz não pode realmente alterá-lo, ou pode, no máximo, fazê-lo de modo apenas muito gradual no caso de uma norma que se tenha tornado bem assente; conquanto possa reconhecer claramente que outra norma seria melhor, ou mais justa, é evidente que seria injusto aplicá-la a transações ocorridas quando se considerava válida

---

34 34Ver David Hume, Essays (Londres, 1875), vol. 2, página 274:

> Todas as leis naturais, que regulam a propriedade, bem como as leis civis, são gerais, e consideram apenas algumas circunstâncias essenciais do caso, sem levar em conta os caracteres, situações e relações das pessoas em questão, ou quaisquer conseqüências particulares que possam advir da determinação dessas leis, em qualquer caso especifico que se apresente. Elas privam, sem escrúpulos, um homem generoso de todas as suas posses, caso adquiridas irregularmente. sem um titulo próprio, para entregá-las a um avarento egoista que já acumulou imensas reservas de bens supérfluos. O interesse público exige que a propriedade seja regulada por normas gerais inflexíveis; e embora as normas adotadas sejam as que melhor atendem ao mesmo fim do interesse público, não lhes é possível impedir todas as adversidades particulares, ou fazer que conseqüências benéficas resultem de cada caso individual. Basta que o plano ou esquema em seu conjunto seja necessário à manutenção da sociedade civil, e que, em geral, o bem resultante seja muito superior ao mal.

uma norma diferente. Em tais situações, é conveniente que a nova norma se torne conhecida antes de ser aplicada; e isso só pode ser efetuado pela promulgação de uma nova norma a ser aplicada apenas no futuro. Quando uma modificação real do direito se faz necessária, a nova lei só pode desempenhar adequadamente a função própria de toda lei, isto é, a de nortear expectativas, tornando-se conhecida antes de ser aplicada.

modernos, entre a empresa organizada e seus clientes, as normas foram basicamente moldadas pelas opiniões de uma das partes e por seus interesses particulares — especialmente quando, como costumava ocorrer nos dois primeiros exemplos, os juízes provinham quase exclusivamente de um dos grupos em questão. Isso, conforme veremos, ato significa que, como se afirmou, 'a justiça é um ideal irracional' e que 'do ponto de vista da cognição racional há apenas interesses de seres humanos e, portanto, conflitos de interesses'[35]; pelo menos quando por interesses não entendemos apenas objetivos particulares, mas oportunidades e longo prazo que diferentes normas oferecem a diferentes membros da sociedade. Tampouco é verdade que, como o sugerem essas afirmações, a reconhecida

---

35 34Ver David Hume, Essays (Londres. 1875). vol. 2, página 274:

> Todas as leis naturais, que regulam a propriedade, bem como as leis civis, são gerais, e consideram apenas algumas circunstâncias essenciais do caso, sem levar em conta os caracteres, situações e relações das pessoas em questão, ou quaisquer conseqüências particulares que possam advir da determinação dessas leis, em qualquer caso especifico que sc apresente. Elas privam, sem escrúpulos, um homem generoso de todas as suas posses, caso adquiridas irregularmente. sem um titulo próprio, para entregá-las a um avarento egoista que já acumulou imensas reservas de bens supérfluos. O interesse público exige que a propriedade seja regulada por normas gerais inflexíveis; e embora as normas adotadas sejam as que melhor atendem ao mesmo fim do interesse público, não lhes é possível impedir todas as adversidades particulares, ou fazer que conseqüências benéficas resultem de cada caso individual. Basta que o plano ou esquema em seu conjunto seja necessário à manutenção da sociedade civil, e que, em geral, o bem resultante seja muito superior ao mal.

tendenciosidade de alguma norma em favor de determinado grupo só possa ser corrigida invertendo-se a tendência em favor de um outro, Mas, quando se reconhece que algumas normas até então aceitas são injustas à luz de princípios mais gerais de justiça, pode ser perfeitamente necessário rever não só normas isoladas, mas seções inteiras do sistema firmado de case-law. Isso é mais do que pode ser realizado mediante decisões referentes a casos particulares, à luz dos precedentes havidos.

A necessidade dessas mudanças radicais de certas normas pode ter várias causas. Pode resultar simplesmente do reconhecimento de que determinado desenvolvimento anterior se baseava em erro ou produziu consequências mais tarde reconhecidas como injustas. Mas a causa mais frequente é, provavelmente, ter o desenvolvimento do direito ficado a cargo de uma classe cujas concepções tradicionais fizeram com que estes considerassem justo o que não podia atender aos requisitos mais gerais da justiça. É indubitável que, em campos como o do direito referente às relações entre senhor e servo[36], proprietário de terra e arrendatário, credor e devedor e, em tempos modernos, entre a empresa organizada e seus clientes, as normas foram basicamente moldadas pelas opiniões de uma das partes e por seus interesses particulares — especialmente quando, como costumava ocorrer nos dois primeiros exemplos, os juizes provinham quase exclusivamente de um dos grupos em questão. Isso, conforme veremos, não significa que, como se afirmou, 'a justiça é um ideal irracional' e que 'do

36 Ver W. S. Jevons, The State in Relation to Labour (Londres, 1882). página 33: 'A grande lição que aprendemos (de 650 anos de legislação feita pelo Parlamento inglês) é que a legislação referente ao trabalho sempre foi legislação de classe. í: o esforço de algum organismo dominante para impedir a ascensão de uma classe inferior, que começara a demonstrar aspirações inconvenientes'.

ponto de vista da cognição racional há apenas interesses de seres humanos e, portanto, conflitos de interesses[37]; pelo menos quando por interesses não entendemos apenas objetivos particulares, mas oportunidades a longo prazo que diferentes normas oferecem a diferentes membros da sociedade. Tampouco é verdade que, como o sugerem essas afirmações, a reconhecida tendenciosidade de alguma norma em favor de determinado grupo só possa ser corrigida invertendo-se a tendência em favor de um outro. Mas, quando se reconhece que algumas normas até então aceitas são injustas à luz de princípios mais gerais de justiça, pode ser perfeitamente necessário rever não só normas isoladas, mas seções inteiras do sistema firmado de case-law. Isso é mais do que pode ser realizado mediante decisões referentes a casos particulares, à luz dos precedentes havidos.

A origem dos corpos legislativos

Não há um ponto determinável na história em que o poder de modificar deliberadamente o direito, no sentido em que o estamos considerando, tenha sido explicitamente conferido a alguma autoridade. Mas sempre existiu necessariamente uma autoridade que tinha poder para fazer leis de um tipo diferente, a saber, as normas de organização do governo, e foi a esses autores do direito público que gradualmente coube o poder de também alterar as normas de conduta justa à medida que se reconhecia a necessidade dessas alterações. Como a aplicação dessas normas de conduta competia à organização governamental, pareceu natural que aqueles que

37 H. Kelsen, What is Justice? (Berkeley, Calif., 1957), página 21.

determinavam essa organização determinassem também as normas que esta faria cumprir.

Um poder legislativo, com o poder de determinar as normas de governo, existiu, portanto, muito antes que a necessidade de um poder de modificar as normas universais de conduta justa fosse sequer reconhecida. Os governantes, diante da tarefa de fazer cumprir determinadas leis e de organizar a defesa e diversos serviços, tinham sentido havia muito tempo a necessidade de estabelecer normas para seus oficiais ou subordinados, e não teriam distinguido se essas, normas eram de caráter puramente administrativo ou suplementares à tarefa de fazer valer a justiça. No entanto, um governante descobriria ser vantajoso reivindicar para as normas organizacionais a mesma dignidade geralmente concedida às normas universais de conduta justa.

Mas, se a elaboração dessas normas que disciplinam o funcionamento da organização governamental era, já por muito tempo, encarada como 'prerrogativa' de seu chefe, a necessidade de corpos representativos ou constituídos aprovarem as disposições desse chefe ou nelas consentirem, surgia com frequência, precisamente porque o próprio governante estava supostamente submetido às leis consagradas. E quando, como ao impor contribuições em dinheiro ou serviços para as metas governamentais, ele era obrigado a usar de coerção numa forma não claramente prescrita pelas normas firmadas, precisava assegurar-se pelo menos do apoio de seus súditos mais poderosos. Seria então, muitas vezes, difícil decidir se estes estavam sendo solicitados a atestar que isto ou aquilo

era lei assente ou a aprovar determinada imposição ou medida considerada necessária para determinado fim.

Assim, é enganoso pensar nos primeiros corpos representativos como 'poder legislativo' no sentido em que o termo veio posteriormente a ser empregado pelos teóricos. Eles não estavam voltados basicamente para as normas de conduta justa ou o nomes. Como explica F. W. Maitland:[38]

Quanto mais recuamos em nossa história, mais impossível se torna traçar linhas precisas de demarcação entre as várias funções do estado: a mesma instituição é uma assembleia legislativa, um conselho governamental e um tribunal de justiça. (...) Por muito tempo, teóricos da política insistiram na distinção entre a legislação e as demais funções do governo; e, claro, a distinção é importante, embora nem sempre seja fácil estabelecê-la com perfeita exatidão. No entanto, parece necessário observar que o poder de um ato legislativo (*statute*) não se limita de modo algum ao que um jurista ou filósofo da politica consideraria o domínio da legislação. Um vasto número de atos do legislativo seria por ele classificado antes como *privilegia* do que como *leges*; atos legislativos não formulam quaisquer normas gerais, mas tratam apenas de um caso particular.

Foi com relação a normas de organização governamental que a elaboração intencional de 'leis' se tornou procedimento familiar e cotidiano; cada novo empreendimento de um governo, ou cada modificação da estrutura governamental, requeria algumas novas normas para a sua organização. Assim, a elaboração dessas novas normas tornou-se um

38 F. W. Maitland, Constitutional History of England (Cambridge, 1908), página 382.

procedimento aceito muito antes de alguém cogitar de utilizá-lo para alterar as normas consagradas de conduta justa. Mas, quando surgiu o desejo de fazê-lo, era quase inevitável que se confiasse a tarefa ao corpo que sempre fizera leis em outro sentido e que, com frequência, também fora chamado a declarar quais eram as normas consagradas de conduta justa.

Obediência e soberania

Da concepção de que a legislação é a única fonte do direito originaram-se duas ideias que, nos tempos modernos, vieram a ser aceitas quase como evidentes por si mesmas e exerceram grande influência c" sobre os eentós políticos, embora provenham integralmente daquele construtiva nitkerrôneo no qual sobrevivropornárfir,aT mais antiga .'A. primeira ideia é ade que deve haver um legislaslitiESue premo, cujo poder não pode ser limitado porque isso etirgçia um legrsliElit7f que detivessAim poder ainda maior, e assim por diante, numa regressão infinita. outra é a de que qualquer coisa estabelecida por esse legislador supremo é lei, e só é lei aquilo que expressa a sua vontade.

A concepção da vontade necessariamente ilimitada de um legislador supremo que, desde Bacon, Hobbes e Austin, constituiu a justificação supostamente irrefutável do poder absoluto, primeiramente de monarcas, mais tarde de assembleias democráticas, só parece evidente por si mesma caso se restrinja o termo direito ao corpo de normas que rege as ações intencionais e conjugadas de uma organização. Assim interpretado, o direito, que no sentido anterior de nomos se destinava a ser uma barreira a todo o poder, torna-se, ao contrário, um instrumento para o uso do poder.

O ponto de vista do positivismo jurídico de que não se deve impor limites efetivos ao corpo legislativo supremo sé seria convincente.fosseserdade que toda lei é sempre produto da 'vontade' deliberada de um legislador, e que nada poderia limitar efetivalile'fli eóif outra 'vontade' do mesmo tipo. A autoridade de um legislador sempre se funda, porém, em algo que deve ser claramente distinguido de um ato de vontade acerca de um assunto especifico em questão, podendo portanto ser também limitada pela fonte da qual o legislador deriva sua autoridade. Essa fonte é uma opinião consensual de que o legislador só está autorizado a determinar o que é certo em circunstâncias em que essa opinião se refere não ao conteúdo particular da norma, mas aos atributos gerais que qualquer norma de conduta justa deve possuir. O poder do legislador fundamenta-se, portanto, na opinião geral de que as leis que ele produz devem possuir determinados atributos, e a sua vontade só obterá o apoio da opinião geral se a sua expressão apresentar tais atributos. Examinaremos posteriormente, em maior profundidade, essa distinção entre vontade e opinião. No momento é suficiente dizer que empregaremos o termo 'opinião', distinto de um ato de vontade acerca de determinado assunto, para definir uma tendência comum a aprovar determinados atos de vontade e a desaprovar outros, segundo possuam ou não certos atributos que em geral os defensores de determinada opinião não serão capazes de especificar. Enquanto satisfizer a expectativa de que suas deliberações apresentem tais atributos, o legislador terá liberdade no que concerne aos conteúdos específicas das mesmas e, nesse sentido, será 'soberano'. Mas a obediência em que se funda essa soberania só se mantém se esse 'soberano'

satisfizer certas expectativas relativas ao caráter geral dessas normas, desaparecendo quando essa expectativa for frustrada. Nesse sentido, todo poder assenta na opinião e é por ela limitado, como David Hume o percebeu com grande clareza[39].

A ideia de que todo poder tem sua base na opinião, assim compreendida, aplica-se tanto aos poderes de um ditador absoluto quanto aos de qualquer outra autoridade. Como os próprios ditadores sempre souberam muitíssimo bem, ate a mais poderosa ditadura desaba se o apoio da opinião pública for retirado. E por essa razão que os ditadores se preocupam tanto em manipular a opinião, através do controle da informação que está em seu poder.

A limitação efetiva dos poderes de um corpo legislativo não requer, portanto, a existência, acima dele, de outra autoridade organizada capaz de ação conjugada; ela pode ser produzida por um estado de opinião que determine que só se aceitem como leis certos tipos de instrução emanados do legislativo. Tal opinião não levará em conta o conteúdo particular das decisões do poder legislativo, mas somente os atributos gerais do tipo de norma que se espera do legislador, o único que o povo estará disposto a aceitar. Esse poder da opinião não reside na capacidade dos seus detentores de adotar um curso de ação conjugada, sendo meramente um poder negativo de retirar o apoio em que, em ultima instância, se funda o poder do legislador.

---

39 Ver David Humc, *op. cit.*, vol. I., página 125: 'Embora os homens sejam muito mais governados pelo interesse, o próprio interesse, e todas as questões humanas, são inteiramente governados pela opinião'.

Não há contradição na existência de um estado de opinião que exige obediência implícita a um legislador desde que este se comprometa com uma norma geral, mas recuse obediência quando o legislador ordena ações particulares. E o pronto reconhecimento de determinada decisão do legislador como lei válida não dependerá necessariamente apenas de que ela tenha sido tomada segundo uma maneira estipulada, podendo também depender de que ela consista em uma norma universal de conduta justa.

Assim, não há necessidade lógica de que um poder último seja onipotente. Na verdade, aquilo que em toda parte constitui o poder último, ou seja, a opinião que gera obediência, será um poder limitado, embora limite por sua vez o poder de todos os legisladores. Esse poder último e, assim, negativo, mas, enquanto poder de negar obediência, ele limita todo poder positivo. E numa sociedade livre, em que todo poder tem base na opinião, esse poder último nada determina diretamente, controlando, no entanto, todo poder positivo ao tolerar apenas certos tipos de exercício do mesmo.

Essas restrições a todo poder organizado, particularmente ao do legislador, poderiam, é claro, tornar-se mais eficazes e prontamente operativas caso se formulassem explicitamente os critérios pelos quais é possível determinar se uma decisão pode ou não constituir uma lei. Mas as restrições que de fato atuam há muito tempo sobre os corpos legislativos nunca foram adequadamente expressas em palavras. Tentá-lo será uma de nossas tarefas.

CINCO

Capítulo 5 - Nomos: o direito como salvaguarda da liberdade

> Quanto à constituição de Creta descrita por Éforo, talvez baste mencionar suas disposições mais importantes. O legislador, diz ele, parte do pressuposto de que a liberdade é o maior bem de um Estado e por essa única razão estipula que a propriedade pertence especificamente aos que a adquirem, ao passo que na escravidão tudo pertence aos governantes e não aos governados.
>
> ESTRABÃO*

As funções do juiz

Tentaremos agora descrever de modo mais completo o caráter distintivo das normas de conduta justa que resultam dos esforços dos juízes para dirimir litígios, as quais há muito fornecem o modelo que os legisladores têm tentado imitar. Já foi assinalado que o ideal de liberdade individual parece ter florescido sobretudo em sociedades em que, pelo menos por longos períodos, predominou o direito feito por juízes. Atribuímos isso à circunstância de que as leis emanadas de decisões judiciais terão necessariamente certos atributos que as determinações do legislador podem não ter e só terão se este tomar por modelo a lei feita por juízes. Neste capítulo examinaremos os distintos atributos daquilo que os teóricos da política consideram há muito tempo simplesmente *o direito*, o *lawyer's law*,

* Estrabão, Geography, 10, 4, 16, na edição Loeb de H. L. Jones, vol. 5, página 145. Enquanto Estrabão viveu no início de nossa era, Êforo de Cima, que ele cita e de cujas obras só se preservaram fragmentos, viveu de cerca de 400 a 330 a.C.

ou o *nomos* dos gregos antigos e o *ius* dos romanos[1] (e o que em outras línguas europeias é chamado de *droit*, *Recht* ou *diritto*, para diferenciá-lo de *loi*, *Gesetz*[2] ou *legge*). No próximo capítulo, compararemos o direito com as normas de organização governamental, que têm constituído o centro da atenção dos poderes legislativos.

O caráter próprio das normas que o juiz deverá aplicar, e esforçar-se por explicitar e aperfeiçoar, será melhor compreendido se lembrarmos que ele é chamado a corrigir perturbações de uma ordem que não foi construída por ninguém e que não se funda no fato de os indivíduos terem recebido determinações sobre o que fazer. Na maioria dos casos, na época em que ocorreu a ação em litígio, nenhuma autoridade sequer terá tido conhecimento do que os indivíduos fizeram ou do motivo por que o fizeram. O juiz é, nesse sentido, uma instituição de uma ordem espontânea. Ele sempre encontrará uma ordem desse tipo existindo como atributo de um processo contínuo em que os indivíduos são capazes de realizar seus próprios planos porque têm condições de formar expectativas acerca das ações de seus semelhantes, expectativas que contam com grande probabilidade de se confirmarem.

---

1 'Ver, por exemplo, a afirmação do gramático Servius, do século IV d.C. (citada por P. Stein, Regulae iuris (Edimburgo, 1966), página 109: *'ius generale est, sed lex cst species, ius ad non scriptum pertinet, leges ad ius scriptum'*. Foi sugerido, com algum fundamento por Álvaro d'Ors, De la Guerra, de la Paz (Madri, 1954), página 160, citado por Carl Schmitt, Verfassungsrechíliche Aufsatze (Berlim, 1958), página 427, ter sido uma grande infelicidade que Cícero tenha traduzido o termo grego nomos por lex em vez de ius. Sobre o uso do termo lex por Cicero, ver em particular De legibus, II, v-vi, edição Loeb de C. W. Keycs (Londres, 1929), páginas 384-6: *'Est lex iustorum iniustorumquc distinctio (...) nec vero iam aliam esse ullam legem puto non modo habendam, sed ne appellandum quidem'.*

2 Ver a afirmação frequentemente citada de H. Triepel em Feslgabe der Berliner juristisehen Fakultal fiir IV. Kahl (Tübingen, 1923), página 93: 'Heilig isl nicht das Gesetz, heilig ist nur das Recht, und das Recht steht über dem Gesetz'.

Para apreciar a relevância destas considerações, é necessário libertarmo-nos inteiramente da concepção errônea de que pode haver uma sociedade que se constitui e, num segundo momento, se outorga suas próprias leis[3]. Essa concepção errônea é a base do racionalismo construtivista que, de Descartes e Hobbes, através de Rousseau e Bentham, até o positivismo jurídico contemporâneo, tem impedido os estudiosos de perceberem a verdadeira relação entre direito e governo Só é possível a um grupo de homens manter-se unido através das relações ordenadas a que chamamos uma sociedade se os indivíduos observarem certas normas comuns. Provavelmente, portanto, estaremos mais próximos da verdade se invertermos a ideia plausível e muito difundida de que o direito deriva da autoridade e considerarmos, ao contrário que toda autoridade deriva do direito — não no sentido de que o direito institui a autoridade, mas no de que a autoridade infunde obediência porque (e só na medida em que) aplica leis cuja existência se presume ser independente dela, leis fundamentadas numa opinião difusa acerca do que é certo. Nem toda lei pode, portanto, ser produto de legislação; o poder de legislar pressupõe, entretanto, o reconhecimento de algumas normas comuns; e tais normas subjacentes ao poder de legislar podem também limitar esse poder. Nenhum grupo concordará com normas expressas a menos que seus membros já tenham opiniões até certo ponto coincidentes. Essa coincidência de opinião terá, assim, de preceder o acordo explícito relativo a normas expressas de conduta justa, embora não o acordo relativo a fins

3 Ver as passagens de David Hume, Adam Fcrguson e Carl Menger ciladas no capítulo 4',' nota 3, deste livro.

particulares da ação. Pessoas que diferem em seus valores gerais podem, ocasionalmente, concordar quanto à consecução de objetivos particulares concretos e efetivamente colaborar para tal. Mas esse acordo referente a fins particulares nunca será suficiente para formar a ordem; duradoura a que chamamos sociedade.

O caráter do direito oriundo de um processo evolutivo manifesta-se com a máxima clareza quando examinamos a situação de grupos de homens que possuem conceitos comuns de justiça, mas não um governo comum, Certamente sempre existiram muitos grupos que se mantiveram unidos por normas comuns, mas sem uma organização deliberadamente criada para fazê-las cumprir. Tal situação talvez nunca tenha vigorado no que consideraríamos um estado territorial, mas sem dúvida foi frequente entre grupos como os de mercadores ou de pessoas ligadas pelas normas da fidalguia ou da hospitalidade.

É questão de terminologia, portanto de conveniência, chamarmos 'lei' a essas normas que, nesses grupos, podem ser efetivamente impostas pela opinião e pela exclusão dos infratores[4]. Para nossos objetivos presentes, interessam-nos quaisquer normas observadas na prática e não só aquelas aplicadas por uma organização criada para esse fim. A condição para a formação de uma ordem de ações é a observância factual das normas; decidir se precisam ser aplicadas ou o modo de aplicá-las, é de interesse secundário. A observância factual de certas normas sem dúvida precedeu qualquer aplicação intencional. As razões por que as normas surgiram não

4 Ver H. L. A. Han, The Concept of Law (Oxford, 1961).

devem, portanto, ser confundidas com as razões que tornaram necessário fazê-las cumprir. Os que decidiram proceder a tal aplicação talvez nunca tenham compreendido plenamente a função das normas. Mas, para perdurar, a sociedade terá de desenvolver alguns meios de ensiná-las efetivamente e, muitas vezes — o que pode ser a mesma coisa —, também de fazê-las cumprir. No entanto, a necessidade ou não de fazê-las cumprir depende também de outras circunstâncias afora as consequências da sua não observância. Enquanto estivermos interessados no efeito da observância das normas, é irrelevante saber se elas são obedecidas pelos indivíduos por expressarem a única maneira que estes conhecem de alcançar certos fins, ou se alguma espécie de pressão, ou medo de sanções, os impede de agir de modo diferente. O mero sentimento de que uma ação seria tão afrontosa que os companheiros não a tolerariam é, nesse contexto, tão significativo quanto a aplicação das normas pelo procedimento regular próprio dos sistemas jurídicos desenvolvidos. O importante no momento é que o chamado aparelho jurídico se desenvolverá sempre mediante o esforço para assegurar e aperfeiçoar um sistema de normas já observadas.

Esse sistema de normas pode ser gradualmente enunciado através dos esforços de árbitros ou pessoas semelhantes, chamados a dirimir disputas, mas que não têm poder de controle sobre as ações acerca das quais devem sentenciar. Deverão decidir não se as partes obedeceram à vontade de alguém, mas se as ações destas se conformaram às expectativas sensatamente formadas pelas outras partes por corresponderem às práticas nas quais se baseava a conduta cotidiana dos membros do grupo. A importância dos costumes, neste caso, é suscitarem expectativas que

orientam as ações das pessoas; e as práticas consideradas obrigatórias, portanto, serão aquelas de cuja observância todos dependem e que por isso se tornaram a condição para o bom êxito da maioria das atividades[5]. A satisfação de expectativas que esses costumes garantem não será nem parecerá decorrente de qualquer vontade humana, e tampouco dependerá dos desejos de alguém ou das identidades particulares das pessoas envolvidas. Se surge a necessidade de recorrer a um juiz imparcial, será porque se espera que este decida o caso como um entre outros análogos, que poderiam ocorrer em qualquer lugar e em qualquer época, e, portanto, de uma maneira que satisfaça as expectativas de qualquer pessoa que se veja em posição semelhante entre outras que ela não conheça pessoalmente.

---

5 Ver James Coolidge Carter, Law, Its Origin, Growth and Function (Nova Iorque e Londres, 1907), página 59: 'Todas as queixas de um homem contra outro, sejam elas de natureza civil ou criminal, decorreram do fato de que algo fora feito contrariamente ao que o queixoso esperava que devesse ter sido feito. Ver também ibid., página 331: A grande norma geral que regia a açào humana no principio, ou seja. que esta deve conformar-se a expectativas justas, continua sendo a norma cientifica. Todas as formas de conduta que respeitam essa norma são mutuamente coerentes, convertendo-se nos costumes reconhecidos. Todas as que são incoerentes com ela são estigmatizadas como más práticas. O corpo de costumes tende, assim, a tomar a forma de um sistema harmônico. Sobre esta importante obra, que não é tão bem conhecida quanto merece, ver M. J. Gronson, 'The juridical evolutionism of James Coolidge Carter', University of Toronto Law Journal, 1953.

Como a função do juiz difere da do chefe de uma organização

Mesmo quando o juiz tem de descobrir normas que nunca foram enunciadas e talvez nunca tenham sido observadas antes, sua função será, portanto, inteiramente diversa da do líder de uma organização, o qual precisa decidir que ação deve ser empreendida para a consecução de determinados resultados. Provavelmente jamais teria ocorrido a alguém acostumado a organizar homens com vistas a ações específicas dar às suas determinações a forma de normas aplicáveis igualmente a todos os membros do grupo, independentemente da tarefa atribuída a cada um, caso ele já não tivesse tido, antes, o exemplo do juiz. É improvável, portanto, que qualquer autoridade com poder de mando jamais tivesse desenvolvido o direito no sentido em que o fizeram os juízes — ou seja, como normas aplicáveis a qualquer pessoa que se encontre numa posição definível em termos abstratos. O voltar-se a intenção humana para a formulação de normas destinadas a um número desconhecido de situações futuras pressupõe um feito de abstração consciente de que os povos primitivos são praticamente incapazes. Normas abstratas independentes de qualquer resultado particular pretendido foram algo cuja vigência teve de ser constatada, não algo que o homem fosse capaz de criar intencionalmente. Se hoje estamos tão familiarizados com o conceito de lei no sentido de normas abstratas a ponto de nos parecer óbvio sermos também capazes de fazê-la deliberadamente, isso resulta dos esforços de incontáveis gerações de juízes para expressar em palavras aquilo que as pessoas tinham aprendido a observar na prática. Em seu empenho, tiveram de criar a própria linguagem capaz de expressar essas normas.

A atitude característica do juiz decorre, assim, da seguinte circunstância: ele trata não do que qualquer autoridade deseja que se faça numa dada situação, e sim do que é objeto das 'legítimas' expectativas dos indivíduos — e 'legítimas', neste caso, se refere àquelas expectativas nas quais estes geralmente têm baseado suas ações nessa sociedade. O objetivo das normas deve ser facilitar essa harmonização ou correspondência das expectativas, de que depende o bom êxito dos planos dos indivíduos.

Um governante que envie um juiz para preservar a paz normalmente não o fará com a finalidade de manter uma ordem criada por ele próprio, ou para verificar se suas determinações foram cumpridas, mas para restaurar uma ordem cujo caráter ele talvez nem conheça. Ao contrário de um supervisor ou inspetor, não compete a um juiz verificar se determinações foram postas em prática ou se todos cumpriram as tarefas que lhes foram atribuídas. Embora possa ser designado por uma autoridade superior, o juiz não terá por dever fazer cumprir a vontade dessa autoridade, mas dirimir litígios que possam perturbar uma ordem existente; ele tratará de eventos particulares que a autoridade desconhece, e das ações de homens que, por sua vez, não tinham conhecimento de nenhuma determinação específica da autoridade quanto ao que deveriam fazer.

Assim, 'em seus primórdios, o direito (...) tinha por finalidade, e por única finalidade, manter a paz'[6]. As normas que o juiz faz cumprir são do interesse do governante que o enviou apenas na medida em que preservam

6 Roscoe Pound, Jurisprudence, vol. I (Nova Iorque, 1959), página 371

a paz e garantem que as atividades do povo prossigam sem perturbações. Não têm relação alguma com qualquer determinação antes feita aos indivíduos; exigem apenas que estes não pratiquem certos atos genericamente proibidos. Referem-se a certos pressupostos de uma ordem vigente — ordem que ninguém fez, mas cuja existência ainda assim é constatável.

O objetivo da jurisdição é manter uma ordem vigente de ações

A afirmação de que as normas que o juiz descobre e aplica servem à manutenção de uma ordem vigente de ações implica que é possível distinguir entre essas normas e a ordem resultante. Tal distinção decorre do fato de que somente algumas normas de conduta individual ocasionarão uma ordem geral, enquanto outras a tornariam impossível. Para que as ações isoladas dos indivíduos resultem numa ordem geral é preciso não só que elas não interfiram desnecessariamente umas na outras, como também que, naqueles aspectos em que o êxito da ação dos indivíduos depende de outros praticarem alguma ação correspondente, haja pelo menos grande probabilidade de realmente ocorrer essa correspondência. Mas tudo o que as normas podem fazer a respeito é facilitar às pessoas a descoberta e a formação dessa correspondência; não podem assegurar efetivamente que isso sempre ocorra.

A razão por que essas normas tenderão a se desenvolver é que os grupos que por acaso tenham adotado normas propícias a uma ordem de ações mais eficaz tenderão a preponderar sobre outros dotados de uma

ordem menos eficaz[7]. Em geral se difundirão as normas subjacentes àquelas práticas ou costumes que tornam alguns grupos mais fortes que outros. E certas normas predominarão por orientarem com maior êxito as expectativas referentes a outras pessoas que agem independentemente. De fato, a superioridade de certas normas se evidenciará sobretudo no fato de que elas criarão uma ordem eficaz não só no interior de um grupo fechado, mas também entre pessoas que se relacionam acidentalmente, sem se conhecer Assim, ao contrário das determinações, elas criarão uma ordem mesmo entre pessoas que não têm um objetivo comum. A obediência de todos às normas será importante para cada um porque a consecução dos objetivos individuais depende disso, embora os objetivos das várias pessoas possam ser inteiramente diversos.

Desde que os indivíduos ajam de acordo com as normas, não é necessário que tenham consciência delas. Basta que saibam como agir de acordo com as normas, sem saber que, se expressas em palavras, teriam essa ou aquela forma. Mas o seu 'saber como' só fornecerá orientação segura em situações frequentes, ao passo que em situações mais raras não haverá essa certeza intuitiva acerca da legitimidade de certas expectativas. São estas últimas situações que tornarão necessário recorrer a homens de quem se espera, maior conhecimento das normas assentes para que a paz seja

---

7 Como frequentemente falamos que 'um grupo que prepondera sobre outros', talvez se deva enfatizar que isso não significa necessariamente a vitória num confronto de forças, ou mesmo que os membros desse grupo suplantem os membros individuais de outros grupos. É muito mais provável que o sucesso de um grupo atraia membros de outros, que assim se incorporam ao primeiro. Por vezes o grupo bem-sucedido se tornará uma aristocracia no seio de uma dada sociedade e, em conseqüência, os demais moldarão a própria conduta segundo a do primeiro. Mas em todos esses casos os membros do grupo mais bem-sucedido muitas vezes não saberão a que peculiaridade devem o próprio sucesso, assim como não cultivarão esse traço por saberem o que dele depende.

preservada e os conflitos evitados. Essa pessoa chamada a sentenciar considerará muitas vezes necessário expressar em palavras, e assim tornar mais precisas, as normas acerca das quais há diferenças de opinião e, às vezes, até formular novas normas para os casos em que não existam normas genericamente reconhecidas.

O objetivo dessa enunciação das normas será, em primeiro lugar, obter aquiescência para a sua aplicação em determinado caso. Nisso, frequentemente, será impossível distinguir entre a mera explicitação de normas que antes existiam apenas como práticas e a enunciação de outras que nunca tinham sido observadas, mas que, uma vez enunciadas, serão consideradas sensatas pela maioria. Mas em nenhum dos casos terá o juiz liberdade de proferir a norma que lhe aprouver. As normas que profere deverão preencher uma lacuna no corpo de normas já reconhecido, de maneira que sirva à manutenção e ao aprimoramento da ordem de ações possibilitada pelas normas já existentes[8].

Para compreendermos o processo pelo qual tal sistema de normas é desenvolvido por meio da jurisdição, será muito instrutivo considerarmos

---

8 Muitos dos teóricos antigos do direito natural estiveram próximos de compreender esta relação entre as normas jurídicas e a ordem de ações a que elas servem. Ver Roscoc Pound, Interpretations of Legal History (Nova Iorque, 1923), página 5:

> Na realidade o jurista, o escritor de textos legais, o juiz ou o legislador, ao trabalhar segundo a teoria do direito natural, ponderava todas as situações e procurava resolver todas as dificuldades referindo-as a uma imagem idealizada da ordem social da época e do lugar e a uma concepção dos objetivos do direito relativamente a essa ordem. (...) Em conseqüência, o ideal da ordem social era considerado a realidade máxima, da qual as instituições, normas e doutrinas jurídicas eram apenas reflexos ou manifestações. Basicamente, porém, a concepção medieval de uma ordem social era ainda uma concepção do status específico dos diferentes indivíduos ou classes, e apenas alguns dos últimos escolásticos espanhóis abordaram a ideia de uma ordem abstrata fundada num direito aplicável uniformemente a todos.

as situações em que um juiz tem não apenas de aplicar e verbalizar práticas já firmadas, mas em que há dúvida real acerca do que é erigido pelo costume assente, e nas quais, consequentemente, os "ligantes podem divergir em boa fé. Nesses casos em que há uma lacuna efetiva no corpo de leis reconhecido, provavelmente só se estabelecerá nova norma se alguém for incumbido de descobrir uma que, quando enunciada, seja considerada correta.

Assim, embora as normas de conduta justa, como a ordem de ações que elas tornam possível, sejam antes de mais nada produto de evolução espontânea, seu aperfeiçoamento gradual exigirá a dedicação conscienciosa de juízes (ou outros especialistas em direito) que aperfeiçoarão o sistema vigente pela formulação de novas normas. De fato, o direito, tal como o conhecemos, jamais poderia ter-se desenvolvido integralmente sem esse empenho dos juízes, ou mesmo sem a intervenção ocasional de um legislador para desenredá-lo dos impasses a que a evolução gradual pode levá-lo ou fazer face a problemas inteiramente novos. No entanto, ainda continua sendo verdade que o sistema de normas como um todo não deve sua estrutura à criação intencional de juízes ou legisladores. É resultado de um processo de aperfeiçoamento no decorrer do qual a evolução espontânea dos costumes e o aprimoramento intencional dos detalhes de um sistema existente interagiram constantemente. Cada um desses dois fatores teve de atuar, nas condições propiciadas pelo outro, para auxiliar na formação de uma ordem factual de ações, cujo conteúdo específico sempre dependerá também de outras circunstâncias além das normas jurídicas. Jamais se elaborou um sistema jurídico como um todo, e mesmo as várias

tentativas de codificação limitaram-se a sistematizar um corpo de leis existente e, ao fazê-lo, suplementá-lo ou eliminar incongruências.

O juiz deverá assim, frequentemente, resolver um quebra-cabeça para o qual, na verdade, pode haver mais de uma solução, mas na maioria dos casos já será difícil até mesmo encontrar uma única solução que se ajuste a todas as condições a que deve satisfazer. Seu trabalho será, portanto, um trabalho intelectual e não uma tarefa em que suas preferências emocionais ou pessoais, sua compaixão pela dificuldade de um dos litigantes, ou sua opinião sobre a importância do objetivo particular possam influenciar a decisão. A ele será atribuído um objetivo preciso — embora não um fim concreto particular —, a saber, o de aperfeiçoar uma ordem de ações dada, estabelecendo uma norma que impeça a recorrência dos conflitos ocorridos. Em seu empenho por realizar esse trabalho, ele se moverá sempre no âmbito de um conjunto de normas que é obrigado a aceitar, devendo inserir nesse conjunto um elemento exigido pelo objetivo a que serve o sistema em sua totalidade.

'As ações relativas a outrem' e a proteção de expectativas

Como um processo só irá a juízo caso tenha surgido um litígio, e dado que em geral os juízes não se ocupam de relações de mando e obediência, só as ações de indivíduos que afetem outras pessoas ou, como são tradicionalmente denominadas, ações relativas a outrem (*operationes quae sunt ad alterum*)[9] darão lugar à formulação de normas jurídicas.

9 Sobre o uso deste termo pelos últimos escolásticos espanhóis, ver C. von Kaltenborn, Die Vorlüufer des Hugo Grotius (Leipzig, 1848), página 146. A concepção de que a justiça se restringe à ação relativa a outrem, no entanto, remonta no mínimo a Aristóteles, Nicomochean Ethics, V, i, 15-20, edição Loeb, páginas 256-9.

Examinaremos em breve a difícil questão de como essas 'ações relativas a outrem' devem ser definidas. No momento interessa-nos simplesmente salientar que ações obviamente não pertencentes a esse tipo, como os atos que um indivíduo pratica na intimidade de sua casa, ou mesmo a colaboração voluntária de várias pessoas de uma maneira que claramente não afete nem prejudique os demais, nunca podem tornar-se o objeto das normas de conduta de que se ocupa um juiz. Isso é importante por responder a uma questão que frequentemente tem deixado perplexos estudiosos desses assuntos, a saber, que até normas perfeitamente gerais e abstratas podem ainda constituir sérias e desnecessárias restrições à liberdade individual[10]. De fato, normas gerais como as que exigem obediência a preceitos religiosos podem ser consideradas a mais grave restrição da liberdade pessoal. Ocorre, no entanto, que estas simplesmente não são normas que limitam a conduta relativa a outrem ou, tal como as definiremos, normas que delimitam um domínio individual protegido. Pelo menos ali onde não se acredite que, em decorrência dos pecados dos indivíduos, um poder sobrenatural pode punir todo um grupo, nenhuma norma desse tipo resultará da limitação da conduta relativa a outrem e, portanto, da decisão de litígios[11].

---

10 Esta e uma objeção legítima à maneira como tratei a questão em The Constitution of Liberty (Londres e Chicago, 1960) Os fundamentos da liberdade (São Paulo e Brasília, 1983)], e espero que esta afirmação satisfaça os críticos que apontaram essa falha, como Lord Robbins (Economica, fevereiro de 1961), J. C. Rees (Philosophy, 38, 1963) e R. Hamowy [The New individualist Review, I (I), 1961].

11 'Isto está evidentemente implícito na fórmula de Immanuel Kant (e de Herbert Spencer) sobre ser a 'igual liberdade dos demais' a única base legítima para uma restrição da) liberdade pelo direito. Sobre toda esta questão, ver John Rawls, A Theory of Justice , (Oxford. 1972).

Mas o que são 'ações relativas a outrem', e em que medida podem as normas de conduta impedir o conflito entre elas? As leis evidentemente não podem proibir todas as ações que poderiam prejudicar outras pessoas, não só porque ninguém é capaz de prever todas as consequências de qualquer ação, como também porque as mudanças de plano sugeridas a alguns por novas circunstâncias tenderão a redundar em desvantagem para outros. Numa sociedade em permanente mudança, o direito só pode impedir a frustração de algumas expectativas, não de todas. E algum dano conscientemente causado a outrem é até essencial à preservação de uma ordem espontânea: o direito não proíbe a criação de uma nova empresa, mesmo que se saiba de antemão que isso acarretará o fracasso de outra, A função das normas de conduta justa só pode ser, pois, a de informar as pessoas sobre que expectativas podem ou não ter

O desenvolvimento dessas normas envolverá evidentemente uma contínua interação das normas jurídicas e as expectativas: se por um lado novas normas serão estabelecidas para proteger expectativas já existentes, por outro toda nova norma tenderá também a criar novas expectativas[12]. Visto que algumas das expectativas correntes sempre conflitarão entre si, o juiz será constantemente obrigado a decidir qual deve ser considerada legítima, criando, nessa medida, a base de novas expectativas. Este será sempre, até cerro ponto, um processo experimental, visto que o juiz (e o mesmo se aplica ao legislador) jamais será capaz de prever todas as consequências da norma que estabelece, e muitas vezes seu esforço para

12 Ver P. A. Freund, 'Social justice and the law', em R. B. Brandi (ed.), Social Justice (Nova Iorque, 1962), página 96: 'Expectativas sensatas são em geral mais o fundamento que o produto das leis*.

reduzir as fontes de conflito entre expectativas fracassará. Toda nova norma destinada a dirimir um conflito poderá de fato originar novos conflitos em outro setor, porque o estabelecimento de uma nova norma sempre provocará mudanças numa ordem de ações que o direito por si mesmo não determina inteiramente. Não obstante, só é possível avaliai a adequação, ou inadequação das normas pelos seus efeitos sobre essa ordem de ações, efeitos que só serão descobertos por ensaio e erro.

Numa ordem dinâmica de ações apenas algumas expectativas podem ser protegidas

No decorrer desse processo, descobrir-se-á não só que nem todas as expectativas podem ser protegidas por normas gerais, mas até mesmo que a probabilidade de o maior número possível de expectativas se confirmar aumentará ao máximo se algumas delas forem sistematicamente frustradas. Isso significa também que não é possível nem vantajoso impedir todas as ações que podem prejudicar alguém, mas apenas certos tipos de ação. É considerado inteiramente legítimo deixar de ser cliente de alguém, frustrando assim as expectativas daqueles com quem se costumava manter relações comerciais. O direito só visa a impedir a frustração das expectativas que ele declara legítimas, e não, portanto, qualquer prejuízo causado a outrem. Só dessa maneira o 'não prejudicar outrem' pode ser transformado numa norma com conteúdo significativo para um grupo de pessoas que têm o direito de buscar seus objetivos com base em seu próprio conhecimento. O que pode ser garantido a cada indivíduo não é a não interferência de outrem nessa busca de seus objetivos, mas somente que ele não sofrerá restrições no uso de certos meios.

Num ambiente externo em constante mudança, no qual, em consequência, alguns indivíduos estarão sempre descobrindo fatos novos, e no qual desejamos que eles façam uso desse novo conhecimento, é obviamente impossível proteger todas as expectativas. Ao invés de aumentar, a certeza se reduziria caso os indivíduos fossem impedidos de ajustar seus planos de ação a novos fatos sempre que estes chegassem ao seu conhecimento. Na verdade, muitas de nossas expectativas só podem realizar-se porque os outros alteram constantemente seus planos à luz de novo conhecimento. Se todas as nossas expectativas concernentes às ações de determinadas pessoas fossem protegidas, tornar-se-iam impossíveis todos aqueles ajustamentos graças aos quais, em circunstâncias em constante mudança, alguém será capaz de suprir nossas necessidades. A determinação das expectativas que devem ser protegidas dependerá, portanto, de como podemos maximizar a realização das expectativas como um todo.

Certamente não se poderia obter essa maximização exigindo-se que os indivíduos continuassem a fazer o que faziam antes. Num mundo em que alguns fatos são inevitavelmente contingentes, só podemos alcançar certo grau de estabilidade e, portanto, de previsibilidade do resultado global das atividades de todos se cada um puder adaptar-se ao que chega a seu conhecimento de uma forma que os demais não poderão prever. Essa constante modificação das partes é que permitirá a manutenção da ordem geral abstrata em que somos capazes, a partir do que percebemos, de fazer inferências razoavelmente confiáveis acerca do que esperar.

Basta imaginarmos por um momento o que ocorreria se cada pessoa fosse obrigada a continuar fazendo o que os demais se habituaram a esperar dela para vermos que isso levaria rapidamente à ruptura da ordem global. Se os indivíduos procurassem obedecer a tais instruções, alguns descobririam de imediato ser fisicamente impossível fazê-lo porque certas circunstâncias se teriam modificado. Mas, se deixassem de corresponder às expectativas, isto teria consequências que, por sua vez, colocariam outros em posição semelhante, e esses efeitos se ampliariam a um círculo de pessoas cada vez maior. (Esta, aliás, é uma das razões por que um sistema inteiramente planejado tende a ruir.) Manter o fluxo global de resultados num sistema complexo de produção requer grande elasticidade das ações dos elementos desse sistema, e só através de mudanças imprevisíveis das partes será possível alcançar um grau elevado de previsibilidade dos resultados gerais.

Adiante (Volume II, Capítulo 10) examinaremos mais detidamente o aparente paradoxo de que, no mercado, é através da frustração sistemática de algumas expectativas que em geral as expectativas são atendidas com tanta eficácia. É esta a maneira como opera o princípio do 'feedback negativo'. No momento deve-se apenas acrescentar, para evitar um possível mal-entendido, que se a ordem geral demonstra maior regularidade que os fatos particulares isso não tem qualquer relação com aquelas probabilidades que podem resultar do movimento aleatório de elementos, de que trata a estatística, pois as ações individuais são produto de ura ajustamento mútuo sistemático.

Nosso objetivo imediato é salientar que essa ordem de ações baseada em determinadas expectativas terá em certa medida sempre existido efetivamente antes que as pessoas procurassem assegurar a realização das próprias expectativas. A ordem de ações existente será, em primeiro lugar, simplesmente uma realidade em que os homens se baseiam, e só se tornará um valor que eles procuram preservar à medida que descobrem o quanto dependem dela para a consecução de seus objetivos Preferimos denominá-la valor a denomina-la fim, porque será uma condição que todos desejarão preservar embora ninguém tenha pretendido produzi-la. De fato, ainda que todos tenham consciência de que suas oportunidades dependem da manutenção de uma ordem, provavelmente ninguém seria capaz de explicitar o caráter da mesma Isso ocorrerá porque a ordem não pode ser definida com base em quaisquer fatos particulares observáveis, mas apenas com base num sistema de relações abstratas que será preservado por meio de modificações dos elementos. Será, como já o dissemos, não algo visível ou perceptível de alguma outra maneira, mas algo que só pode ser reconstruído mentalmente.

No entanto, embora possa parecer que a ordem consiste simplesmente na obediência a normas — e de fato essa obediência é necessária para assegurá-la —, vimos também que nem todas as normas garantirão a ordem. Será antes o conteúdo especifico das normas firmadas que levará ou não à formação de uma ordem geral em determinado conjunto de circunstâncias. A obediência a normas inadequadas pode perfeitamente tornar-se causa de desordem, e podemos conceber normas

de conduta individual que obviamente impossibilitariam a integração de ações individuais numa ordem global.

Os 'valores' a que servem as normas de conduta justa não serão, assim, detalhes concretos, mas traços abstratos de uma ordem factual existente que os homens desejarão aprimorar por terem descoberto ser esses valores condições para a busca eficaz de uma multiplicidade de propósitos diferentes, divergentes e imprevisíveis. As normas visam a garantir certas características abstratas da ordem geral de nossa sociedade, características que desejaríamos ver acentuadas. Empenhamo-nos por fazer com que essa ordem prevaleça pelo aperfeiçoamento das normas que, antes de serem descobertas, eram subjacentes a ações usuais. Em outras palavras, essas normas são de início a característica de uma situação factual que ninguém criou intencionalmente e que, portanto, não tinha propósito, mas que podemos tentar aperfeiçoar na medida em que comecemos a compreender sua importância para a eficácia de todas as nossas ações.

Embora seja obviamente verdade que não se pode inferir normas de premissas que contêm apenas fatos, isso não significa que a aceitação de algumas normas que visam a determinados resultados não possa, em certas circunstâncias factuais, obrigar-nos a aceitar outras, simplesmente porque, nessas circunstâncias, as normas já assentes só servirão aos fins que as justificam se algumas outras também forem observadas. Assim, se aceitamos determinado sistema de normas sem questioná-lo e descobrimos que em certa situação factual ele requer algumas normas complementares para alcançar seu objetivo, tais normas complementares serão uma exigência daquelas já assentes, ainda que não sejam logicamente implicadas

por elas. E como a existência dessas outras normas é em geral tacitamente pressuposta, não é de todo falso, embora não seja totalmente correto, afirmar que o aparecimento de alguns fatos novos pode tornar necessárias determinadas normas novas.

Uma consequência importante dessa relação entre o sistema de normas de conduta e a ordem factual de ações é a impossibilidade de uma ciência jurídica que seja puramente uma ciência de normas, sem levar em conta a ordem factual a que visa, A adequação de uma nova norma a um sistema de normas já existente não será apenas uma questão de lógica; será geralmente uma Questão de saber se, nas circunstâncias factuais existentes, a nova norma levará a uma ordem de ações compatíveis. Isso decorre do fato de as normas abstratas de conduta só determinarem ações específicas juntamente com circunstâncias específicas. A prova da adaptação de uma nova norma a um sistema existente pode, portanto, ser uma prova factual; e uma nova norma que, pela lógica, possa parecer inteiramente coerente com aquelas já reconhecidas pode, ainda assim, revelar-se incompatível Com estas se, em algum conjunto de circunstâncias, dá margem a ações que conflitem com outras permitidas pelas normas existentes. É por isso que a concepção cartesiana ou 'geométrica' do direito como pura 'ciência de normas5, em que todas as normas jurídicas são deduzidas de premissas explícitas, é tão falaz. Veremos que ela fracassa necessariamente mesmo em seu objetivo imediato de conferir maior previsibilidade às decisões judiciais. As normas não podem ser julgadas segundo sua adaptação a outras, isoladamente dos fatos, porque a mútua compatibilidade das ações que elas permitem depende desses fatos.

Esta é a ideia básica que, ao longo da história da jurisprudência, se expressou constantemente na forma de uma referência à 'natureza das coisas' (a *natura rerum* ou *Natür der Sache*[13]), que encontramos na observação frequentemente citada de O. W. Holmes, de que 'a essência do direito não tem sido a lógica, mas a experiência'[14], ou em expressões diversas tais como 'as exigências da vida social'[15], a 'compatibilidade'[16] ou a 'conciliabilidade'[17] das ações a que o direito se aplica.

---

13 Heinrich Dernburg, Pandekien, segunda edição (Berlim, 1888), página 85: 'Die Lebensverhâltnisse tragen, wenn auch mehr oder weniger entwickelt, ihr Mass und ihre Ordnung in sich. Diese den Dingen innewohnende Ordnung nennt man Natur der Sache. Auf sie muss der denkende Jurist ickgehen, wo es an einer positiven Norm fehli oder wenn dieselbe unvollsiândig oacr unkJar isc*.

14 Ver O. W. Holmes, Jr, The Common Law (Nova Iorque, 1963), página 7:

> A essência do direito não tem sido a lógica, mas a experiência. O que se julga necessário numa época, as teorias morais e políticas dominantes, as instituições de política governamental, manifestas ou inconscientes, até os preconceitos que os juizes compartilham com seus concidadãos têm muito mais influência que os silogismos na determinação das normas pelas quais os homens são governados. O direito encarna a história do desenvolvimento de uma nação ao longo de muitos séculos, e não pode ser tratado como se encerrasse apenas os axiomas e corolários de um livro de matemática.

Ver também Roscoe Pound, Law and Morais (Chapei Hill, N. C., 1926), página 97:

> O objetivo do direito é impedir a mútua interferência entre seres conscientes e dotados de livre arbítrio. É ordená-los de tal modo, que cada um exerça a sua liberdade de uma maneira compatível com a liberdade de todos os demais, visto que estes devem ser igualmente considerados 'fins em si mesmos'.

15 Paul Van der Eycken, *Méthode positive de 1'interprétation juridique* (Bruxelas e Paris, 1907), página 401:

> On regardait précédemment le droit comme le produit de la volonté consciente du législateur. Aujourd'hui on voit en lui une force naturelle. Mais si !'on peut attribuer au droit Pépithète de naturel, c'est, nous 1'avons dit, dans un sens bien différent de celui qu'avait autrefois Pexpression de 'droit naturel*. Elle signifiait alors que la nature avait imprime en nous, comme un élémeni même de la raison, certains príncipes dont la foule des articles des codes n'étaient que les applications. La même expression doit signifier actuellement que le droit résuite des relations de fait entre les choses. Comme ces relations elles-mêmes, le droit naturel est en travail perpetuei. (...) Le legislateur n'a de ce droit qu'une conscience fragmentaire; il ia traduit par les prescriptions qu'il edicte. Lorsqu'il s'agira de fixer le sens de celle-ci, ou faudra-t-il le chercher? Manifes' tement à leur source: c'est-à-dire dans les exigences de la vie sociale. La proba(i*!Abilité la plus forte de

A coincidência máxima das expectativas é obtida pela delimitação de domínios protegidos

É tão difícil perceber que as normas de conduta contribuem para conferir às expectativas maior grau de certeza sobretudo porque elas determinam não uma situação específica e concreta, mas apenas uma ordem abstrata que permite a seus membros formar, baseados nos elementos que conhecem, expectativas com grande probabilidade de se confirmarem. Isso é tudo o que se pode alcançar num mundo em que alguns fatos mudam de maneira imprevisível e em que a ordem é obtida pela adaptação dos indivíduos a novos fatos, sempre que deles tomam conhecimento. O que

---

> découvrir le sens de la loi se trouve là. De même lorsqu'il s'agira de combler les lacunes de la loi, ce n'est pas aux déductions logiques, c'est aux necessites qu'on demandera la solution.

16 C. Perelman e L. Olbrechts-Tyteca, La Nouvelle Rhétorique — traité de Vcirgumentation (Êaris, 1958), vol. 1, páginas 264-70, especialmente §46: Contradiction et íncompatibilité, e §47: Proeédés permettant d'éviter une incompatibilité, de que só podemos citar algumas passagens significativas. Página 263: L'incompatibilitê dépend soit de la nature des choses, soit d'une décision humaine. Página 264:

> Des incompatibilités peuvent résulter de Papplication à des situations determinées de plusieurs règles morales ou juridiques, de textes legaux ou sacrés. Aiors que la contradiction entre deux propositions suppose un formalisme ou du moins un système des notions univoques, Tincompatibilité est toujours relative à des circonstances contingentes, que celles-ci soient constituées par des lois naturelles, des événeinents particuliers ou des décisions humaines.

Na mesma linha de pensamento, ver também Charles P. Curtis, *'A better theory of legal interpretation'*, Vanderbilt Law Review, iii, 1949, página 423: 'O critério mais importante é simplesmente a coerência com o restante do direito. Um determinado contrato ou testamento constitui parte muito reduzida do conjunto do direito nosso, tanto quanto um determinado ato legislativo constitui uma parte maior; e, embora a Justiça tenha objetivos mais amplos, a virtude em que o Direito deposita suas esperanças è a coerência'.

17 Ver Jürgen von Kempski, 'Bemerkungen zum Begriff der Gerechtigkeit', Studium Generale, xii, 1959, reeditado em Recht und Politik (Stuttgart, 1965), do mesmo autor, página 51: 'Wir wollen davon sprechen, dass den Privatrechtsordnungen ein Verträglichkeitsprinzip für Handlungen zu Grunde liegt'; e, do mesmo autor, Grundlogen zu einer Slrukturtheorie des Rechts, em Abhandlungen der Geistes und Sozialwissenschafrlichen Klasse der Akademie der Wissenschaften und Literafur in Mainzy 1961, nº 2, página 90: 'Wir fragen, welchen strukturellen Erfordernissen Handlungen entsprechen müssen, wenn sie miteinander verirSglich sein sollen; mil andern Worten, wir betrachlen eine Welt, in der die Handelnden nicht miteinander kollidieren'.

pode permanecer constante nessa ordem global em permanente ajustamento a mudanças externas, e constitui a base das previsões, é somente um sistema de relações abstratas, não os seus elementos específicos. Isso significa que toda mudança frustra necessariamente algumas expectativas, mas que essa mesma mudança cria uma situação em que novamente a probabilidade de se formarem expectativas corretas é tão grande quanto possível.

Evidentemente tal condição só pode ser atingida protegendo-se algumas e não todas as expectativas, e o problema central é saber quais delas devem ser protegidas a fim de se maximizar a possibilidade de as expectativas em geral serem satisfeitas. Isso implica uma distinção entre as expectativas 'legítimas', que o direito deve proteger, e outras, que ele deve permitir que se frustrem. E até hoje só se descobriu um método para definir a gama de expectativas que terá essa proteção, reduzindo assim a interferência cias ações de alguns indivíduos nas intenções de outros: demarcar, no tocante a cada indivíduo, a gama de ações permitidas designando (ou melhor, tornando reconhecíveis pela aplicação de normas aos fatos concretos) gamas de objetos que só determinados indivíduos têm direito de utilizar e de cujo controle os demais são excluídos. O âmbito de ações em que cada indivíduo terá garantia contra a interferência de outros só pode ser determinado por normas aplicáveis igualmente a todos se estas permitirem estabelecer que objetos cada indivíduo pode controlar com vistas a seus objetivos. Em outras palavras, são necessárias normas que permitam fixar a cada momento os limites do domínio protegido de cada um, e assim distinguir entre o *meum* e o *tuum*.

A ideia de que 'boas cercas fazem bons vizinhos'[18] — ou seja, de que os homens só podem usar seu próprio conhecimento na busca de seus próprios fins sem colidirem uns com os outros se for possível traçar limites claros entre seus respectivos territórios de livre ação — é a base sobre a qual se desenvolveu toda civilização conhecida. A propriedade, no sentido amplo em que o termo é usado para designar não só coisas materiais, mas (como a definiu John Locke) 'a vida, à liberdade e os bens' de todo indivíduo, é a única solução já descoberta pelos homens para o problema de conciliar a liberdade individual com a ausência de conflito. Direito, liberdade e propriedade constituem uma trindade inseparável. Não pode haver direito, no sentido de corpo de normas universais de conduta, que não determine limites dos domínios de liberdade, estabelecendo normas que possibilitem a cada um definir sua esfera de livre ação.

Isso foi durante muito tempo considerado evidente por si mesmo, dispensando qualquer prova. Foi, como o mostra a epígrafe deste capítulo, compreendido tão claramente pelos gregos antigos quanto pelos fundadores do pensamento político liberal, de Milton[19] e Hobbes[20] até Montesquieu[21] e Bentham[22], tendo sido posteriormente reafirmado por H.

---

18 Robert Frosi no poema 'Mending wall'.

19 John Milton, The Tenure of Kings and Magistrate, em Works, editado por R. Fletcher (Londres, 1838), página 27: 'O poder que está na raiz de toda liberdade de dispor e cie economizar na terra que Deus lhes deu, como chefes de família em seu próprio patrimônio'.

20 Thomas Hobbes, The Leviathan (Londres, 1651), página 91.

21 Montesquieu, The Spirit of lhe Laws, XVI, capitulo 15.

22 J. Bentham, The Theory of Legislation, editado por C. K. Ogden (Londres, 1931), página 113: 'A propriedade e o direito nasceram juntos e juntos morrerão'.

S. Maine[23] e Lord Acton[24]. Foi contestado apenas em época relativamente recente pela abordagem construtivista do socialismo, sob a influência da ideia errônea de que a propriedade fora 'inventada1 num estágio posterior e que anteriormente existira um estágio de comunismo primitivo. Esse mito foi completamente refutado pela pesquisa antropológica[25]. Não pode haver mais dúvida de que o reconhecimento da propriedade precedeu a formação até mesmo das culturas mais primitivas, e de que certamente tudo aquilo a que chamamos civilização evoluiu a partir daquela ordem espontânea de ações que é possibilitada pela delimitação de domínios protegidos de indivíduos ou grupos. Embora o pensamento socialista de nosso tempo tenha sugerido ser essa constatação ideologicamente inspirada, trata-se de uma verdade científica tão comprovada quanto qualquer outra a que tenhamos chegado nesse campo.

Antes de prosseguir, devemos precaver-nos contra um mal-entendido comum acerca das relações entre as normas do direito e a

---

23 Sir Henry Maine, Village Communities (Londres, 1880), página 230: 4 A ninguém é dado atacar a propriedade privada e declarar ao mesmo tempo que valoriza a civilização. A história de ambas é inextricável.

24 Lord Acton, The History of Freedom (Londres, 1907), página 297: 'Um povo avesso à instituição da propriedade privada carece dos primeiros elementos da liberdade'.

25 Ver A. I. Hallowell, Nature and function of property as a social institution', Journal of Legal and Polifical Sociology, i, 1943, página 134:

Do ponto de vista da nossa afirmação de que os direitos de propriedade, sob alguma forma, são de fato nào apenas universais, mas constituem um fator básico na estruturação do papel dos indivíduos em relação aos processos econômicos básicos, è significativo que pensadores do século XVI11 tenham percebido a importância fundamental dos direitos de propriedade, ainda que seu raciocínio não seguisse as mesmas linhas que o nosso. Ver também H. 1. Hogbin, Law and Order in Polynesia (Londres, 1934), página 77 et seqe a introdução de B. Malinowski a essa obra, página xli, bem como, deste último auior, Freedom and Civi/ization (Londres, 1944), páginas 132-3.

propriedade individual. Frequentemente se pensa que a fórmula clássica segundo a qual o objetivo das normas de conduta justa é atribuir a cada um o que lhe é devido (*suum cuique íribuere*) significa que o direito por si mesmo atribui a cada indivíduo determinadas coisas. Obviamente isso não é verdade. O direito simplesmente fornece normas pelas quais é possível averiguar, a partir de fatos particulares, a quem pertencem determinadas coisas. Não tem por objetivo estipular as pessoas a quem deverão pertencer coisas específicas; pretende apenas tornar possível averiguar os limites que foram fixados pelas ações praticadas pelos indivíduos no âmbito demarcado pelas normas jurídicas, mas que, em seus conteúdos particulares, resultam de muitas outras circunstâncias. Tampouco se deve considerar, como às vezes ocorre, que a fórmula clássica se refere à chamada 'justiça distributiva' ou que visa a uma condição ou distribuição de bens que, independentemente de como tenha sido produzida, pode ser qualificada de justa ou injusta. O objetivo das normas jurídicas é simplesmente impedir tanto quanto possível, traçando limites, que as ações de diferentes indivíduos interfiram umas nas outras; elas por si mesmas não podem determinar o resultado que diferentes indivíduos obterão, e portanto tampouco o podem ter por objeto.

Só ao definir assim a esfera protegida de cada um é que o direito estabelece quais são as 'ações relativas a outrem' por ele reguladas e que sua proibição geral de ações 'danosas a outrem' adquirem um significado determinável. A certeza máxima das expectativas alcançável numa sociedade em que os indivíduos têm a liberdade de usar seu conhecimento de circunstâncias em constante mutação com vistas a seus objetivos

igualmente mutáveis é assegurada por normas que informam a cada um quais dessas circunstâncias não devem ser alteradas por outros e quais o próprio indivíduo não deve alterar.

Determinar precisamente onde esses limites são mais satisfatoriamente traçados é uma questão dificílima, para a qual sem dúvida ainda não encontramos todas as respostas finais. A ideia de propriedade certamente não caiu do céu. Tampouco já conseguimos delimitar em todas as áreas o domínio individual de modo a obrigar o proprietário a levar em conta em suas decisões todas as consequências que poderíamos desejar, e apenas estas. Em nossos esforços para aperfeiçoar os princípios de demarcação, não podemos tomar por base senão um sistema firmado de normas que serve de fundamento à ordem vigente, mantida pela instituição da propriedade. Visto que o estabelecimento de limites desempenha uma função que estamos começando a compreender, é relevante perguntar se em certos casos o limite foi corretamente traçado ou se, tendo as condições se alterado, uma norma assente permanece adequada. Entretanto, não se pode em geral decidir arbitrariamente onde traçar o limite. Por vezes, em decorrência de mudanças nas circunstâncias, surgem novos problemas, acarretando, por exemplo, dificuldades de demarcação. Quando isso ocorre numa situação em que, no passado, era irrelevante saber quem possuía determinado direito — motivo pelo qual este não fora reivindicado nem atribuído —, será necessário encontrar uma solução que sirva ao mesmo objetivo geral a que servem as normas já aceitas. O fundamento lógico do sistema existente pode, por exemplo, exigir claramente que se inclua a energia elétrica no conceito de propriedade, embora as normas

reconhecidas possam restringi-lo a objetos palpáveis. Às vezes, como no caso das ondas eletromagnéticas, nenhuma espécie de limite espacial fornecerá uma solução viável e talvez seja preciso encontrar concepções inteiramente novas de como alocar o controle sobre coisas desse gênero. Só quando se podia afirmar com relativa certeza que as consequências do uso da propriedade afetavam em geral apenas o proprietário e mais ninguém — como no caso dos objetos móveis (os 'bens móveis' de que trata o direito) — o direito de propriedade poderia incluir a faculdade de usar e abusar à vontade do objeto possuído. Mas a ideia de controle exclusivo só forneceu uma resposta satisfatória à questão nos casos em que tanto o benefício quanto o dano causados pelo uso particular se restringiam ao domínio de interesse exclusivo do proprietário. Tão logo passamos dos bens móveis para os bens imóveis, encontramos uma situação bastante diferente, na qual as 'externalidades' e outros efeitos semelhantes tornam muito mais difícil traçar 'limites' apropriados.

Examinaremos mais tarde, num contexto diverso, outras consequências destas considerações, entre elas a de que as normas de conduta justa são essencialmente negativas no sentido de visarem apenas a evitar a injustiça, desenvolvendo-se pela aplicação sistemática, ao corpo de leis herdado, da prova de compatibilidade, também negativa; e a de que, pela aplicação persistente dessa prova, podemos esperar aproximarmo-nos da justiça sem jamais realizá-la plenamente. Em seguida retornaremos a este conjunto de questões, considerando-as não com a óptica das propriedades que o direito emanado das decisões judiciais possui necessariamente, mas com a óptica das propriedades que o direito

compreendido como salvaguarda da liberdade deve possuir e que, portanto, deveriam ser observadas no processo de legislação intencional.

Deixaremos também para um capítulo posterior a demonstração de que a chamada maximização do agregado disponível de bens e serviços é um subproduto acidental, embora extremamente desejável, daquela correspondência entre expectativas cuja facilitação é tudo o que o direito pode pretender. Veremos então que só visando a uma condição propícia à mútua correspondência entre expectativas pode o direito ajudar a produzir aquela ordem fundada numa ampla e espontânea divisão do trabalho a que devemos nossa riqueza material.

O problema geral da influência dos valores sobre os fatos

Temos enfatizado reiteradamente que as normas de conduta justa são importantes porque sua observância leva à formação de certas estruturas factuais complexas, e que, nesse sentido, fatos importantes dependem da preponderância de valores que são aceitos sem que se conheçam essas consequências factuais. Visto que raramente se leva em conta essa relação, são oportunas mais algumas observações acerca de sua relevância.

Frequentemente se esquece que os fatos resultantes da aceitação de certos valores não são aqueles a que estão ligados os valores que norteiam as ações dos diversos indivíduos, mas uma configuração constituída das ações de muitos indivíduos, configuração da qual estes talvez nem tenham consciência e que certamente não era o objetivo de suas ações. Contudo, a preservação dessa ordem ou configuração emergente, a que ninguém visou, mas cuja existência virá a ser reconhecida como a condição para a busca

bem-sucedida de muitos outros objetivos, será também, por sua vez, considerada um valor. Essa ordem será definida não só pelas normas que regem a conduta individual, mas pela correspondência entre as expectativas que a observância das normas produzirá. Mas se tal estado factual vier a ser considerado um valor, isso significará que este só pode ser alcançado se as pessoas forem norteadas em suas ações por outros valores (as normas de conduta), que se lhes afigurarão como valores últimos, visto não terem elas consciência das funções que estes desempenham. A ordem resultante é assim um valor que é o produto não intencional e desconhecido da observância de outros valores.

Uma consequência disso è que diferentes valores correntes podem, às vezes, conflitar entre si, ou que um valor aceito pode requerer a aceitação de outro, não por causa de alguma relação lógica entre ambos, mas em decorrência de fatos que não são seu objeto e sim consequências involuntárias de sua observância na prática. Encontraremos assim com frequência vários diferentes valores que se tornam interdependentes através das condições factuais que geram, embora as pessoas possam não estar cientes dessa interdependência no sentido de que só podemos obter um se observarmos o outro. Assim, o que consideramos civilização pode depender da condição factual de os vários planos de ação dos diferentes indivíduos se ajustarem uns aos outros de tal modo que possam ser executados na maioria dos casos; e esta condição, por sua vez, só será alcançada se os indivíduos aceitarem a propriedade privada como um valor, Relações desse gênero provavelmente não serão compreendidas enquanto não tivermos aprendido a distinguir claramente entre as regularidades da

conduta individual que são definidas por normas, e a ordem global que resultará da observância de certos tipos de norma.

A compreensão do papel que os valores desempenham nesse caso é muitas vezes obstada pela substituição de 'valores' por termos factuais como 'hábitos' ou 'práticas', Entretanto, para explicar a formação de uma ordem global, não se pode substituir adequadamente a concepção de valores que norteiam a ação individual por uma anunciação das regularidades observadas no comportamento dos indivíduos, porque, na verdade, não somos capazes de reduzir exaustivamente a uma lista de ações observáveis os valores que orientam a ação. Só nos ê possível reconhecer a conduta orientada por um valor se dele tivermos conhecimento, 'O hábito de respeitar a propriedade alheia', por exemplo, só pode ser mantido se conhecemos as normas referentes à propriedade, e, embora possamos reconstituí-las a partir do comportamento observado, essa reconstituição sempre conterá mais do que a descrição de um comportamento.

A complexa relação entre valores e fatos cria certas dificuldades bastante conhecidas pelo cientista social dedicado ao estudo das estruturas sociais complexas, estruturas que só existem porque os indivíduos que as compõem adotam certos valores. Na medida em que tem por certa a estrutura geral que estuda, o cientista social pressupõe também implicitamente que os valores em que esta se baseia continuarão a ser aceitos. Isso pode ser irrelevante quando ele estuda uma sociedade que não a sua própria, como ocorre com o antropólogo social que não deseja influenciar os membros da sociedade que estuda nem espera que estes levem em conta o que diz. Mas a situação é diferente no caso do cientista

social chamado a opinar sobre como alcançar determinados objetivos numa dada sociedade. Em qualquer sugestão para a modificação ou o aperfeiçoamento de uma tal ordem, terá de aceitar os valores indispensáveis à existência desta, pois seria claramente incoerente tentar aperfeiçoar um aspecto da ordem e, ao mesmo tempo, propor meios que destruiriam os valores em que.se fundamenta a ordem em seu conjunto. Ele devera raciocinar a partir de premissas que envolvem valores, e não haverá falha lógica se raciocinando à partir de tais premissas, chegai a conclusões que também envolvam valores.

O 'propósito' do direito

A ideia de que o direito serve à formação de uma ordem espontânea de ações ou é a sua condição necessária, embora vagamente presente em grande parte da filosofia do direito, é, assim, uma concepção que foi difícil formular com rigor sem a explicação dessa ordem fornecida pela teoria social, em particular pela economia. A ideia de que o direito 'visava' a algum tipo de circunstância factual, ou de que certa condição só se formaria se algumas normas de conduta fossem genericamente obedecidas, foi expressa há muito tempo, especialmente na concepção do direito apresentada pelos últimos escolásticos, segundo a qual ele era determinado pela 'natureza das coisas'. Conforme já mencionamos, essa ideia é subjacente à afirmação usual de que o direito é uma ciência 'empírica' ou 'experimentar. Mas conceber como meta uma ordem abstrata cuja manifestação específica não se poderia prever, e determinada por propriedades que ninguém poderia definir com precisão, era algo demasiadamente discrepante do que a

maioria das pessoas considerava uma meta apropriada da ação racional. A preservação de um sistema duradouro de relações abstratas, ou da ordem de um universo cujo conteúdo muda constantemente, não se adequava ao que os homens comumente entendiam por propósito, meta ou fim da ação intencional.

Já vimos que, no sentido usual da palavra propósito, ou seja, a prefiguraçao de determinado evento previsível, o direito de fato não serve a nenhum propósito em particular, mas a inúmeros diferentes propósitos de diferentes indivíduos. Ele provê apenas os meios para a consecução de um grande número de diferentes propósitos que, em sua totalidade, ninguém conhece. No sentido comum da palavra propósito, o direito não è portanto um meio para a consecução de um propósito específico, mas simplesmente uma condição para a busca eficaz de muitos propósitos. Entre todos os instrumentos polivalentes, o direito é, provavelmente, depois da linguagem, aquele que auxilia a maior variedade de propósitos humanos. Sem dúvida não foi feito com vistas a algum propósito conhecido; ao contrário, desenvolveu-se porque permitiu aos que agiam em conformidade com ele maior eficiência na busca dos próprios objetivos.

Embora em geral estejam suficientemente conscientes de que as normas jurídicas são em certo sentido necessárias à preservação da 'ordem', as pessoas tendem a identificar essa ordem com a obediência às normas, não se dando conta de que as normas servem a uma ordem de uma maneira diversa, a saber, para produzir determinada correspondência entre as ações de diferentes pessoas.

Estas duas diferentes concepções do 'propósito' do direito manifestam-se claramente na história da filosofia do direito. Desde a ênfase conferida por Immanuel Kant ao caráter 'não propositado' (*'purposeless'*) das normas de conduta justa[26], até os utilitaristas, de Bentham a Lhering, que consideravam o propósito a característica central do direito, a ambiguidade do conceito de propósito tem gerado inúmeros equívocos. Se 'propósito' se refere a resultados concretos previsíveis de ações particulares, o utilitarismo particularista de Bentham certamente está errado. Mas se considerarmos que 'propósito' designa também o visar a condições que contribuirão para a formação de uma ordem abstrata, cujos conteúdos particulares são imprevisíveis, a negação, por Kant, do caráter propositado do direito só se justifica no que concerne à aplicação de uma norma a um caso particular, não se justificando em absoluto iro que concerne ao sistema de normas em sua totalidade. O destaque dado por David Hume à função do sistema jurídico como um todo, independentemente dos seus efeitos particulares, poderia ter permitido aos autores posteriores evitar esse equivoco. A ideia central está integralmente compreendida na insistência de Hume em que 'o benefício (...) provém do esquema ou sistema como um todo (...) somente em decorrência da observância da norma geral (...) sem levar em consideração (...) consequências particulares que possam resultar da determinação dessas leis, em qualquer caso particular que se apresente'[27].

---

26 Ver em particular Immanuel Kant, Metaphysics der Sitten, em Werke (Akademie Ausgabe), vol. 6, páginas 382 e 396; e Marv J. Gregor, Laws of Freedom (Oxford, 1963).

27 David Hume, Enquiry Concerning Ihe Principies of Morals, em Essays (Londres, 1875), vol. 2. página 273.

Só quando se reconhece claramente que a ordem de ações é uma situação factual distinta das normas que contribuem para a sua formação é possível compreender que tal ordem abstrata pode ser o objetivo das normas de conduta. Compreender essa relação é, portanto, uma condição necessária para se compreender o direito. Mas na era contemporânea a tarefa de explicar essa relação causai tem ficado a cargo de uma disciplina que se desvinculou inteiramente do estudo do direito e, de maneira geral, foi tão pouco compreendida pelos juristas quanto o direito o foi pelos estudiosos da teoria econômica. O fato, demonstrado pelos economistas, de que o mercado gera uma ordem espontânea, foi encarado pela maioria dos juristas com desconfiança ou mesmo como um mito. Conquanto sua existência seja hoje admitida por economistas socialistas, bem como por todos os demais, a resistência de muitos racionalistas construtivistas a admitir que tal ordem existe impede ainda que a maioria das pessoas — fora do círculo dos economistas profissionais — perceba o que é fundamental para toda compreensão da relação entre o direito e a ordem das ações humanas. Sem a compreensão do que é a 'mão invisível', até hoje alvo de zombaria, a função das normas de conduta justa é de fato ininteligível, e poucos juristas alcançam tal compreensão, felizmente ela não e necessária para o desempenho de seu trabalho cotidiano,

Essa incompreensão do papel do direito só teve consequências importantes no campo da filosofia do direito, na medida em que esta norteia a administração da justiça e a legislação. Resultou numa frequente interpretação do direito como instrumento de organização para a consecução de propósitos específicos, interpretação que, obviamente, é

bastante correta no tocante a um tipo de direito, isto é, o direito público, mas totalmente inadequada no tocante ao nomos, ou 'lawyer's law'. A preponderância dessa interpretação tem sido uma das principais causas da progressiva transformação da ordem espontânea de uma sociedade livre numa organização própria da ordem totalitária.

Essa lamentável situação não foi de modo algum sanada pela moderna aliança entre o direito e a sociologia, que, diferentemente da ciência econômica, se tornou muito popular junto a alguns profissionais do direito Pois a aliança fez com que a atenção desse profissional se voltasse para os efeitos específicos de determinadas medidas, ao invés de se concentrar na relação entre as normas jurídicas e a ordem global. A compreensão das relações entre o direito e a ordem social só pode ser encontrada na teoria da ordem global da sociedade, não nos ramos descritivos da sociologia. E visto que os profissionais do direito parecem ter concebido a ciência como a averiguação de fatos particulares e não como uma compreensão da ordem global da sociedade, os reiterados apelos em prol da cooperação entre o direito e as ciências sociais ainda não se revelaram muito frutíferos. Enquanto é bastante fácil chegar ao conhecimento de alguns fatos particulares por meio de estudos sociológicos descritivos, a compreensão da ordem global a que servem as normas de conduta justa exige o domínio de uma teoria complexa que não pode ser adquirido de um dia para outro A ciência social concebida como um corpo de generalizações indutivas extraídas da observação de grupos limitados — tal como a pratica grande parte da sociologia empírica — na verdade pouco pode contribuir para uma compreensão da função do direito.

Isso não significa que a ordem global da sociedade a que servem as normas de conduta justa seja um problema exclusivo da ciência econômica. Mas, até o momento, apenas a economia desenvolveu uma técnica teórica adequada ao estudo dessas ordens abstratas espontâneas, técnica que só agora vem sendo, lenta e gradualmente, aplicada a outras ordens além da ordem de mercado. Esta é provavelmente também a única ordem que abrange toda a sociedade humana. Será, de qualquer forma, a única que poderemos examinar exaustivamente neste livro.

A formulação do direito e a previsibilidade das decisões judiciais

A ordem que o juiz deve manter não é, portanto, um estado de coisas específico, mas a regularidade de um processo que se funda na proteção de algumas expectativas dos indivíduos contra a interferência de outros. Competirá ao juiz decidir de uma maneira que corresponda em geral ao que as pessoas consideram justo, mas por vezes ele terá de decidir que o aparentemente justo pode não o ser, porque frustra expectativas legítimas. Nesse caso deverá deduzir suas conclusões não apenas de premissas claramente expressas, mas de uma espécie de 'lógica situacional' baseada nas exigências de uma ordem de ações vigente que é, ao mesmo tempo, o resultado não intencional e o fundamento lógico de todas aquelas normas que ele deve considerar firmadas. Embora o ponto de partida do juiz sejam as expectativas baseadas em normas já firmadas, ele frequentemente deverá decidir qual das expectativas conflitantes, sustentadas em igual boa fé e igualmente sancionadas pelas normas reconhecidas, deve ser considerada legítima. A experiência provará muitas vezes que, em situações novas,

normas que vieram a ser aceitas dão margem a expectativas conflitantes. No entanto, embora em tais situações não haja norma conhecida para orientá-lo, o juiz ainda assim não terá liberdade de decidir como lhe aprouver. Mesmo que não possa ser logicamente deduzida de normas reconhecidas, a decisão deve ser coerente com o corpo existente de normas, no sentido de servir à mesma ordem de ações a que este serve. O juiz pode descobrir que a norma em que se baseou um litigante para formar suas expectativas é falsa, mesmo que seja amplamente aceita e pudesse até ser universalmente aprovada caso enunciada, porque em algumas circunstâncias essa norma conflita com expectativas baseadas em outras normas. Todos julgávamos esta norma justa, mas agora ela se comprova injusta' — é uma afirmação plena de significado, que descreve uma experiência em que se evidencia que nossa concepção da justiça ou injustiça de determinada norma não é simplesmente uma questão de 'opinião' ou 'intuição'; depende das exigências de uma ordem existente que desejamos preservar, ordem que só pode ser mantida em novas situações se uma das velhas normas for alterada ou se uma nova norma for acrescentada. Numa tal situação, uma das normas em que se basearam os litigantes, ou ambas, deverá ser modificada, não porque sua aplicação no caso específico produziria efeitos adversos, ou porque qualquer outra consequência nessa situação particular fosse indesejável, mas porque as normas se revelaram insuficientes para evitar conflitos.

Se, nesse caso, estivesse restrito a decisões que pudessem ser logicamente deduzidas do corpo de normas já explicitadas, o juiz muitas vezes não seria capaz de decidir um litígio de modo apropriado à função a

que serve todo o sistema de normas. Isso vem elucidar uma questão muito debatida: a maior confiabilidade do direito (*certainty of the law*) que supostamente existiria num sistema em que todas as normas jurídicas tivessem sido expressas sob forma escrita ou codificada, e no qual o juiz ficasse restrito a aplicar as normas que se tornaram lei escrita. Todo o movimento favorável à codificação foi norteado pela convicção de que esta aumenta a previsibilidade das decisões judiciais. No que me diz respeito, nem mesmo a experiência de mais de trinta anos no mundo do direito consuetudinário foi suficiente para corrigir esse preconceito profundamente arraigado, e só meu retorno à atmosfera do direito civil levou-me a questioná-lo seriamente. Legislação pode sem dúvida tornar o direito mais confiável no tocante a determinadas questões. No entanto, estou agora convencido de que essa vantagem é anulada se levar à exigência de que só o que tenha sido assim expressado como ato legislativo escrito deve ter força de lei. A meu ver, as decisões judiciais podem de fato ser mais previsíveis quando o juiz estiver também limitado pelas concepções consensuais acerca do que é justo, mesmo quando estas não se apoiem na letra da lei, do que quando ele se limita a basear suas decisões somente nas convicções já expressas na lei escrita.

A ideia de que o juiz pode ou deve chegar às suas decisões exclusivamente por um processo de inferência lógica a partir de premissas explícitas sempre foi e é necessariamente uma ficção Pois, na realidade, o juiz jamais procede dessa forma. Como já se disse com acerto, 4a intuição disciplinada do juiz leva-o continuamente a conclusões corretas para as

quais lhe será difícil apresentar razões jurídicas inquestionáveis'[28]. A outra concepção é um produto característico do racionalismo construtivista segundo o qual todas as normas foram intencionalmente feitas, sendo portanto passíveis de enunciação exaustiva. Ela surge, significativamente, só no século XVIII e relacionada com o direito criminal[29], no qual predominava o desejo legítimo de restringir o poder do juiz à aplicação do que estava inquestionavelmente expresso em lei. Mas mesmo a fórmula *nulla poena sine lege* pela qual C. Beccaria exprimiu essa ideia, não é necessariamente parte do ideal do estado de direito (rule of law), se por 'lei' entendermos apenas normas escritas, promulgadas pelo legislador, e não quaisquer normas cujo caráter impositivo seria reconhecido de imediato e por todos caso elas fossem expressas em palavras. Tipicamente, o direito consuetudinário inglês nunca admitiu o princípio no primeiro sentido[30], embora sempre o tenha admitido no segundo. Neste caso, a antiga convicção de que pode existir uma norma que supostamente todos são capazes de observar, ainda que ela jamais tenha sido verbalmente expressa, persistiu até os dias de hoje como parte do direito.

Seja qual for nossa opinião acerca da conveniência de restringir-se o juiz à aplicação da lei escrita nas questões criminais, área em que o objetivo é essencialmente proteger o acusado, preferindo-se inocentar o. culpado a

---

28 Roscoe Pound, *'The theory of judicial decision'*, Harvard Law Review, ix, 1936, página 52.

29 A expressão mais influcnie desse ponto de vista foi provavelmente a de C. Beccaria, On Crimes and Punishmeru (1764), trad. H. Paolucci (Nova Iorque, 1963), página 15: Exige-se do juiz completar um silogismo perfeito em que a premissa maior deve ser a lei geral; a menor, a ação que se conforma ou não á lei; e a conclusão, a absolvição ou punição.

30 Ver Sir Alfred Denning, Freedom under the Law (Londres, 1949).

punir o inocente, essa restrição pouco se justifica quando o juiz deve visar à aplicação de igual justiça entre litigantes. Nesse caso, a exigência de que fundamente sua decisão apenas na lei escrita, recorrendo a princípios não escritos unicamente para preencher lacunas óbvias, provavelmente reduziria a confiabilidade do direito, em vez de aumentá-la. Acredito que, em sua maioria, os casos em que à decisões judiciais chocaram a opinião pública e contrariaram as expectativas gerais deveram-se ao fato de que o juiz se sentiu obrigado a ater-se à letra da lei escrita, não ousando afastar-se da conclusão do silogismo que só podia ter por premissas formulações explícitas dessa lei. A dedução lógica a partir de um número limitado de premissas explícitas significa sempre seguir a 'letra' ao invés do 'espírito' da lei. Mas a crença de que todos devem ser capazes de prever as consequências que, numa situação factual imprevista, advirão da aplicação daquelas formulações dos princípios básicos já expressos é claramente ilusória. É provável que hoje se admita universalmente que nenhum código jurídico deixa de apresentar lacunas. Isso leva a concluir não somente que o juiz deve preenchê-las, recorrendo a princípios ainda, não explicitados, mas também que, mesmo quando as normas explicitadas parecem fornecer uma resposta inequívoca, caso elas entrem em conflito com o senso geral de justiça o juiz deve ter a liberdade de modificar suas conclusões sempre que possa encontrar alguma norma não escrita que justifique essa modificação e que, ao ser enunciada, tenha a probabilidade de obter concordância geral.

Com relação a isso, até mesmo a afirmação de John Locke de que, numa sociedade livre, toda lei deve ser 'promulgada' ou 'anunciada ‘de antemão poderia ser considerada produto da ideia construtivista segundo a

qual toda lei é deliberadamente feita. É errônea ao sugerir que, restringindo o juiz à aplicação de normas já explicitadas, aumentaremos a previsibilidade de suas decisões. O que foi promulgado ou anunciado de antemão será frequentemente apenas uma expressão muito imperfeita de princípios que as pessoas podem melhor observar na prática do que expressar em palavras. A proclamação prévia só parecerá ser uma condição indispensável ao conhecimento da lei se acreditarmos que toda lei é expressão da vontade de um legislador e foi por ele inventada, e não expressão dos princípios impostos pelas necessidades de uma ordem vigente. De fato, é provável que poucos aperfeiçoamentos do direito feitos por juízes tenham sido aceitos pelos demais a menos que estes vissem neles a expressão daquilo que, em certo sentido, já 'sabiam'.

A função do juiz restringe-se ao âmbito de uma ordem espontânea

A afirmação de que, ao decidirem questões específicas, os juízes se aproximam gradualmente do sistema de normas de conduta mais propício à formação de uma ordem eficiente de ações torna-se mais plausível quando se percebe tratar-se na verdade de um processo semelhante àquele pelo qual se efetua toda evolução intelectual. Como em todos os outros campos, o progresso se faz neste caso pela nossa atuação no interior de um sistema de pensamento já existente e pelo nosso esforço, mediante um processo de gradativa retificação, ou de 'crítica imanente', com vistas a tornar o todo mais coerente tanto internamente quanto com os fatos a que as normas são aplicadas. Essa 'crítica imanente' é o principal instrumento da evolução do pensamento, e uma compreensão desse processo é o

objetivo característico de um racionalismo evolucionista (ou critico), em contraposição ao racionalismo construtivista (ou ingênuo).

Em outras palavras, o juiz serve a uma ordem vigente que ninguém planejou, ou procura mantê-la e aperfeiçoá-la, ordem que se formou sem o conhecimento e, frequentemente, contra o desejo da autoridade. Trata-se de uma ordem que transcende o âmbito da organização planejada por quem quer que seja, e que não se baseia em fazerem os indivíduos a vontade de alguém, mas em se tornarem suas expectativas mutuamente ajustadas. O juiz será chamado a intervir porque as normas que garantem tal correspondência de expectativas nem sempre são observadas, ou suficientemente claras, ou adequadas para impedir conflitos mesmo quando observadas. Visto que constantemente surgirão novas situações a que as normas reconhecidas não se adequam, evitar o conflito e propiciar a compatibilidade das ações mediante a delimitação apropriada do âmbito de ações permitidas é uma tarefa forçosamente interminável, que exige não só a aplicação de normas já firmadas, como também a elaboração de novas normas, necessárias à preservação da ordem de ações. Em suas tentativas de resolver novos problemas mediante a aplicação de 'princípios' que têm de inferir da *ratio decidendi* de decisões anteriores, dando forma a essas normas incipientes (e os 'princípios' não passam disso) de modo que produzam o efeito desejado em novas situações, não é necessário que os juízes e as partes envolvidas saibam coisa alguma a respeito da natureza da ordem geral resultante, ou de qualquer 'interesse da sociedade' a que tais normas servem, além do fato de que estas se destinam a auxiliar os

indivíduos a formar expectativas adequadas numa vasta gama de circunstâncias.

Os esforços do juiz são, assim, parte daquele processo de adaptação da sociedade às circunstâncias pelo qual a ordem espontânea se desenvolve. Ele participa do processo de seleção corroborando aquelas normas que, como as que foram eficazes no passado, tornam mais provável a correspondência e não o conflito entre as expectativas. Converte-se assim num órgão dessa ordem. Mas mesmo quando, no desempenho dessa função, cria novas normas, ele não é o criador de uma nova ordem, mas um servidor' empenhado em manter e aperfeiçoar o funcionamento de uma ordem existente. E o resultado de seu trabalho será um exemplo típico daqueles 'produtos de ação humana, mas não de intenção humana' em que a experiência adquirida pela experimentação de gerações incorpora mais conhecimento do que o acumulado por qualquer pessoa.

O juiz pode errar, pode não conseguir descobrir o que é exigido pelo fundamento lógico da ordem existente, ou pode ser iludido pela sua preferência por determinado resultado num determinado caso; mas nada disso altera o fato de que tem um problema a resolver, para qual, na maioria das vezes, haverá apenas uma solução correta, de que essa é uma tarefa em que não há lugar para sua 'vontade' ou reação emocional. Se muitas vezes chegará à solução correta não pelo raciocínio, mas pela 'intuição', isso não significa que os fatores decisivos na determinação do resultado sejam emocionais, ao invés de racionais, como se dá com o cientista que, em geral, também é levado intuitivamente à hipótese correta que só posteriormente poderá submeter à prova. Como a grande maioria das tarefas intelectuais, a

do juiz não consiste na dedução lógica a partir de um número limitado de premissas, mas em submeter à prova hipóteses a que ele chegou por processos só em parte conscientes. Mas, embora possa desconhecer o que o levou de início a considerar correta uma decisão, ele só deve mantê-la se for capaz de defendê-la racionalmente contra todas as objeções que possam ser levantadas contra ela.

Se o juiz está empenhado na manutenção e no aperfeiçoamento de uma ordem vigente de ações, obrigando-se a extrair dela seus padrões, isso não significa, entretanto, que seu objetivo seja preservar qualquer status quo nas relações entre determinados indivíduos. Ao contrário, um atributo essencial da ordem a que ele serve é que ela só pode ser mantida através de constantes modificações de seus elementos; e o juiz trata apenas das relações abstratas que devem ser preservadas enquanto os elementos mudam. Tal sistema de relações abstratas não é uma rede permanente a interligar elementos específicos, mas uma rede cujo conteúdo específico está em constante mutação. Embora uma posição existente leve o juiz muitas vezes a uma presunção de direito, compete-lhe tanto auxiliar a mudança quanto preservar posições existentes. Ele se ocupa de uma ordem dinâmica que só será mantida por meio de mudanças contínuas nas posições dos vários indivíduos.

Mas, embora não esteja empenhado na defesa de um determinado status quo, o juiz está empenhado na defesa dos princípios em que se funda a ordem existente. Sua tarefa, de fato, só tem significado no âmbito de uma ordem de ações espontânea e abstrata, como aquela ocasionada pelo mercado. Deve portanto ser conservador unicamente no sentido de que só

pode servir a uma ordem determinada por normas de conduta individual, nunca pelos fins particulares da autoridade. Um juiz não pode levar em conta as necessidades de pessoas ou grupos específicos, ou 'razões de estado', ou 'a vontade do governo', ou quaisquer objetivos específicos a que uma ordem de ações possa servir. Numa organização, em que as ações individuais devem ser julgadas segundo sejam úteis aos fins específicos a que ela visa, não há lugar para o juiz. Numa ordem como a socialista, na qual quaisquer normas que possam governar as ações individuais não são independentes de resultados específicos, tais normas não serão 'sujeitas a jurisdição' (*'justiciable'*) porque exigirão um equilíbrio dos interesses envolvidos, à luz de sua importância. O socialismo é, de fato, basicamente, uma revolta contra a justiça imparcial, que considera apenas a conformidade de ações individuais a normas independentes de fins, sem levar em conta os efeitos da aplicação destas a casos particulares. Assim, um juiz socialista seria na verdade uma contradição nos termos; pois seu ideário o impede necessariamente de aplicar apenas aqueles princípios gerais subjacentes a' uma ordem espontânea de ações, e o conduz a levar em conta considerações que nada têm a ver com a justiça da conduta individual. Ele pode, é claro, ser um socialista em sua vida privada e manter seu socialismo à margem das considerações que determinam suas decisões. Mas não poderia atuar como juiz a partir de princípios socialistas. Veremos mais tarde que por muito tempo isso foi dissimulado pela crença de que, ao invés de agir com base em princípios de conduta individual justa, ele poderia ser norteado pela chamada 'justiça social', expressão que designa

precisamente essa tentativa de alcançar resultados específicos para pessoas ou grupos particulares, o que é impossível numa ordem espontânea.

Os ataques socialistas ao sistema de propriedade privada engendraram uma crença muito difundida: a de que nesse sistema os juízes são chamados a defender uma ordem que serve a determinados interesses. Mas o que justifica o sistema de propriedade privada (*several property*) não é o interesse dos proprietários. Esse sistema serve tanto ao interesse daqueles que no momento não são proprietários quanto ao daqueles que o são, visto que o desenvolvimento de toda a ordem de ações em que se funda a civilização moderna só se tornou possível graças à instituição da propriedade.

Muitos têm dificuldade em conceber que o juiz sirva a uma ordem abstrata vigente, mas sempre imperfeita, que não visa a atender a interesses particulares. No entanto essa dificuldade desaparece quando percebemos que esses traços abstratos da ordem fornecerão a única base possível para as decisões que os indivíduos deverão tomar em situações futuras hoje imprevisíveis, e que só eles, portanto, podem determinar uma ordem duradoura. Por essa razão, somente esses traços abstratos podem constituir um verdadeiro interesse comum dos membros de uma Grande Sociedade, que visam não a quaisquer propósitos comuns específicos, mas tão-somente a meios apropriados para a realização de seus respectivos propósitos individuais. Ao criar leis, o juiz só poderá ocupar-se, portanto, do aperfeiçoamento daqueles traços abstratos e duradouros de uma ordem de ação que lhe é dada e que se mantém por meio de mudanças na relação entre seus elementos, enquanto certas relações entre essas relações (ou

relações de uma ordem ainda superior) são preservadas. 'Abstratos' e 'duradouros' significam, nesse contexto, mais ou menos o mesmo, pois, na perspectiva de longo prazo que deve adotar, o juiz só pode levar em consideração o, efeito das normas que estabelece num número desconhecido de situações que poderão ocorrer no futuro.

Conclusões

Podemos resumir as conclusões deste capítulo com a seguinte descrição das propriedades que o direito apresentará necessariamente ao emergir do processo judicial: ele consistirá de normas que regulam a conduta das pessoas em relação a outrem, aplicáveis a um número desconhecido de situações futuras e encerrando proibições que delimitam as fronteiras do domínio protegido de cada pessoa (ou grupo organizado de pessoas). Toda norma desse tipo destina-se a ser perpétua, embora esteja sujeita a ser revista à luz de uma melhor compreensão de sua interação com outras normas; e só será válida como parte de um sistema de normas que se modificam mutuamente. Essas normas só alcançarão o objetivo de assegurar a formação de uma ordem abstrata de ações se forem universalmente aplicadas, não se podendo dizer que sua aplicação em casos particulares tenha propósito específico, distinto daquele do sistema de normas como um todo.

Deixaremos para o Volume II, Capítulo 8, o exame mais aprofundado da maneira pela qual esse sistema de normas de conduta justa é desenvolvido através da aplicação sistemática de uma prova negativa de justiça e da eliminação ou alteração das normas que não a satisfazem. Nossa

próxima tarefa, porém, será examinar o que essas normas de conduta justa não podem realizar e os aspectos sob os quais delas diferem as normas exigidas pelos propósitos da organização. Veremos que estas, que devem ser deliberadamente estabelecidas por um poder legislativo com vistas à organização do governo, e cuja formulação é a principal tarefa dos poderes legislativos existentes, não podem, por sua natureza, ser restritas por aquelas considerações que norteiam e restringem o poder legiferante do juiz.

Em última análise, a diferença entre as normas de conduta justa que emergem do processo judicial, o nomos, ou o direito como salvaguarda da liberdade, examinado neste capítulo, e as normas organizacionais estabelecidas pela autoridade, que examinaremos no próximo, reside no fato de que as primeiras derivam das condições de uma ordem espontânea não criada pelo homem, enquanto as segundas servem à construção intencional de uma organização que atende a propósitos específicos. As primeiras são descobertas, seja no sentido de simplesmente enunciarem práticas já observadas, seja no sentido de se revelarem complementos necessários das normas já reconhecidas, indispensáveis ao funcionamento desembaraçado e eficaz da ordem que nelas se fundamenta. Jamais teriam sido descobertas se a existência de uma ordem espontânea de ações não tivesse atribuído aos juízes sua função peculiar, e são por isso corretamente consideradas algo que existe independentemente de uma vontade humana particular; ao passo que as normas organizacionais, que visam a resultados específicos, serão invenções arbitrárias da mente planejadora do organizador.

SEIS

Capítulo 6 - Thesis: a lei proveniente da legislação

O juiz atenta para padrões de coerência, equivalência, previsibilidade; o legislador, para quinhões justos, utilidade social e distribuição equitativa.

PAUL A. FREUND*

A legislação origina-se da necessidade de estabelecer normas organizacionais

Embora tradicionalmente a teoria política tenha definido a elaboração da lei como a função essencial dos corpos legislativos, a origem e o principal objeto destes pouca relação tiveram com o direito no sentido estrito em que o consideramos no capitulo anterior. Isto se aplica especialmente à 'Mãe dos Parlamentos': o poder legislativo inglês surgiu num país onde, por mais tempo que em qualquer outro, se considerou que as normas de conduta justa, o direito consuetudinário, existiam independentemente da

* Paul A. Freund, 'Social justice and the law', em R. Brandt (ed.), Social Justice (Eiiglewood Cliffs, N. J., 1962), página 94, e na coletânea de ensaios do autor On Law and Justice (Cambridge, Mass., 1968), página 83. Compare-se com J. W. Hurst, Law and Social Process in U. S. History (Ann Arbor, Mich., 1960), página 5: 'Apesar de muita retórica em contrário, nossa principal filosofia de trabalho sempre foi usar o direito para alocar recursos positivamente com o fim de alterar condições de vida onde vimos algo de útil a ser realizado por esse meio. (...) O direito tem significado organização para fazer e implementar escolhas entre recursos escassos com vistas à satisfação humana'.

Sobre o termo grego thesis utilizado no titulo deste capitulo (que corresponde ao alemão Satzung), ver John Burnet, 'Law and nature in Greck Ethics', International Journal of Ethics, vii, 1897, página 332, onde ele mostra que, em contraposição ao nomos, que originalmente sighificava 'uso', thesis 'pode significar tanto a outorga da lei como a adoção de leis assim outorgadas, e contém portanto o germe não só da teoria do legislador original, como também daquela conhecida como o Contrato Social'.

autoridade política. Ainda no século XVII era possível questionar se o parlamento podia fazer leis incompatíveis com o direito consuetudinário[1]. O principal objetivo do que chamamos corpos legislativos sempre foi controlar e regular o governo[2], ou seja, dirigir uma organização — organização para a qual garantir a obediência às normas de conduta justa era apenas um objetivo entre muitos.

Como vimos, as normas de conduta justa não foram necessariamente fruto de criação intencional, embora os homens tenham aprendido aos poucos a aperfeiçoá-las ou modifica-las segundo sua vontade. O governo em contrapartida, é um aparelho deliberadamente criado; no entanto, exceto em suas formas mais simples e primitivas, tampouco pode ser conduzido exclusivamente por determinações *ad hoc* de um governante. À medida que se distingue progressivamente da sociedade mais ampla, que compreende todas as atividades dos cidadãos, a organização estabelecida por um governante para preservar a paz e manter afastados os inimigos

---

1 'Ver a famosa declaração de Edward Coke em 'Dr. Bonham's case', 8 Rep. 118a (1610): 'E manifesta-se em nossos livros que, em muitos casos, o Direito Consuetudinário controlará Atos do Parlamento, e algumas vezes os julgará inteiramente nulos; pois quando um Ato do Parlamento é contrário ao direito e à razão comuns, ou incompatível com estes, ou de execução impossível, o Direito Consuetudinário controlará esse Ato e o julgará nulo'.

Para a discussão do significado desta causa, ver C. H. McIlwain, The High Court of Parliament {New Haven, 1910); T. F. T. Plucknett, 'Bonham's case and judicial review', Harvard Law Review, xl, 1926-7; e S. E. Thorne, 'Bonham's case', Law Quarlerly Review, liv, 1938. Ainda em 1766 William Pitt podia argumentar na Câmara dos Comuns [Parlamentary History of England (Londres, 1813), vol. 6, col. 195) que 'Há muitas coisas que um parlamento não pode fazer. Não pode instituir-se em executivo, nem dispor de funções que pertencem à coroa. Não pode tomar a propriedade de homem algum, mesmo a do mais modesto camponês, como na questão das demarcações, sem que este seja ouvido'.

2 Ver J. C. Carter, *Law, Its Origin, Growth and Function* (Nova Iorque e Londres, 1907), página 115: 'Tão logo a legislação surgiu, seu âmbito e o do Direito Público eram quase coincidentes. O âmbito do Direito Privado praticamente não era afetado'.

externos, e gradualmente prestar um número crescente de outros serviços, exigirá normas distintas e próprias que lhe determinem a estrutura, os objetivos e as funções. No entanto, essas normas que regem o aparelho governamental terão necessariamente um caráter diverso daquele das normas universais de conduta justa, que constituem a base da ordem espontânea da sociedade no seu todo Serão normas organizacionais, criadas para alcançar fins específicos, suplementar determinações positivas de que se façam coisas especificas ou se obtenham certos resultados, e estabelecer para tanto os diversos órgãos por meio dos quais o governo opera. Serão subsidiárias de determinações que indicam metas a alcançar e as tarefas dos diferentes órgãos. Sua aplicação à determinado caso dependerá da tarefa atribuída a determinado órgão e dos fins transitórios do governo. E deverão estabelecer uma hierarquia de comando que defina as responsabilidades e a amplitude do poder discricionário dos diversos servidores públicos.

Isso se aplicaria até a uma organização dedicada exclusivamente a fazer cumprir as normas de conduta justa. Mesmo uma organização desse tipo, em que as normas de conduta justa a serem aplicadas fossem consideradas inalteráveis, exigiria, para seu funcionamento, um outro conjunto de normas. As leis processuais e as que determinam a organização dos tribunais consistem, nesse sentido, em normas de organização e não em normas de conduta justa. Embora também elas visem a garantir a justiça e, em etapas iniciais de desenvolvimento, uma justiça a ser 'descoberta', e portanto talvez fossem, em etapas anteriores, mais relevantes para a

consecução da justiça do que as normas de conduta justa já explicitamente formuladas, são, ainda as 'sim, logicamente distintas destas últimas.

Mas se, no que diz respeito à organização instituída para fazer justiça, muitas vezes é difícil distinguir entre as normas que definem a conduta justa e aquelas que regulam a sua aplicação — e se, de fato, as normas de conduta justa só podem ser definidas como aquelas que seriam descobertas por meio de determinado procedimento —, no que diz respeito aos outros serviços que foram paulatinamente assumidos pelo aparelho governamental, é claro que serão regidos por normas de outro gênero, normas que regulam os poderes dos servidores públicos sobre os recursos materiais e humanos a eles confiados, mas que não lhes conferem necessariamente poder sobre o cidadão.

Mesmo um soberano absoluto não podia prescindir do estabelecimento de algumas normas gerais para regular detalhes. Normalmente, porém, os poderes de um soberano não eram ilimitados, dependendo, ao contrário, da opinião reinante sobre quais eram seus direitos. Visto que o direito que lhe cabia fazer cumprir era considerado um legado imutável, era sobretudo em relação à abrangência e ao exercício de seus outros poderes que ele frequentemente julgava necessário buscar a aquiescência e a aprovação de entidades representativas dos cidadãos.

Assim, mesmo quando o nomos era considerado algo legado e relativamente imutável, o soberano muitas vezes precisava de autorização para tomar medidas especiais que demandassem a colaboração dos súditos. A mais importante dessas medidas seria a tributação, e foi da necessidade de promover a aceitação dos impostos que surgiram as instituições

parlamentares[3]. Os órgãos representativos convocados para esse fim ocuparam-se pois, desde o início, primordialmente de questões governamentais, não da elaboração de leis no sentido estrito, ainda que também pudessem ser chamados a atestar quais eram as normas de conduta justa reconhecidas. Mas, como a aplicação das leis era considerada a tarefa fundamental do governo, era natural que se viesse a chamar pelo mesmo nome todas as normas que regiam as atividades governamentais. Essa tendência foi provavelmente reforçada pelo desejo dos governos de conferir às suas normas de organização a mesma dignidade e respeito que a lei infundia.

Lei e ato legislativo: a aplicação da lei e a execução de determinações

Não há na língua inglesa nenhum termo que permita uma distinção clara e inequívoca entre uma prescrição que tenha sido feita, 'estabelecida' (*'set'*) ou 'fixada' (*'posited'*) pela autoridade e outra que seja geralmente aceita sem que se tenha conhecimento de sua origem. Às vezes podemos falar de uma resolução (*'enactment'*), enquanto o termo mais familiar, ato legislativo (*'statute'*), limita-se em geral a resoluções que encerram normas mais ou menos gerais[4]. Quando precisarmos de um termo único e preciso, empregaremos ocasionalmente a palavra grega thesis para designar essa lei 'estabelecida'.

---

3 Ver Courienay Ilbert, Legislative Methods and Forms (Oxford, 1901), página 208: 'O legislativo inglês foi originalmente constituído com vistas a propósitos não legislativos, mas financeiros. Sua função primordial não era fazer leis, mas conceder verbas ao governo'.

4 Ver J. C. Gray, Nature and Sources of Lawt segunda edição (Nova Iorque, 1921), página 161: 'Um ato legislativo é uma norma geral. Uma resolução do legislativo de que uma cidade deve pagar cem dólares a Timothy Coggan não é um ato legislativo'.

Dado que a principal atividade de todos os legislativos sempre foi a direção do governo, de fato em geral o parlamento não tinha 'tempo nem propensão para o lawyer's law'[5]. Isso não teria sido significativo caso tivesse acarretado somente o abandono do lawyer's law pelos corpos legislativos, ficando seu desenvolvimento a cargo dos tribunais. Mas frequentemente redundou em que o lawyer's law fosse modificado de maneira casual e ate inadvertida no processo de tomada de decisão sobre medidas governamentais e, portanto, para atender a objetivos específicos. Qualquer decisão do legislativo que diga respeito a questões reguladas pelo nomos alterará e suplantará esse direito, pelo menos no caso em pauta. Sendo um órgão governamental, o legislativo não está submetido a nenhuma lei, e seus pronunciamentos cerca de questões específicas têm a mesma força de uma norma geral e suplantarão qualquer norma desse gênero em vigor.

A grande maioria das resoluções aprovadas por assembleias representativas obviamente não formula normas de conduta justa, e sim medidas governamentais diretas. É provável que sempre tenha sido assim[6].

---

5 Courtenay Ilbert, *op. cit*., página 213.

6 Ver J. C. Carter, *op. cit*., página 116:

> Encontramos, nos inúmeros volumes dos livros de atos legislativos, imensa quantidade de textos que, embora na forma de leis, não sâo leis no sentido próprio. Consistem em disposições referentes à manutenção de obras públicas do Estado, à construção de asilos, hospitais, escolas, e grande variedade de coisas semelhantes. Não passam de um registro das ações do Estado com relação às tarefas que este desenvolve. O Estado é uma grande empresa pública que conduz um grande volume de atividades, e as disposições escritas para esse fim, embora na forma de leis, não diferem essencialmente das atas em que o corpo administrativo das empresas comuns registra suas deliberações (...) em essência, é verdade que o amplo corpo de legislação restringe-se em sua totalidade ao Direito Público e que seu efeito no Direito Privado é remoto e indireto, destinando-se apenas a tornar mais fácil c correta a aplicação do direito costumeiro não escrito.

Ver também Walter Bagehot, The English Constitution (1967), edição World's Classics (Oxford, 1928), página 10:

Em 1901 já se podia dizer, sobre a legislação britânica, que 'nove décimos de cada volume anual de atos legislativos tratam do que se poderia chamar de direito administrativo; e numa análise das Leis Gerais (General Acts) promulgadas nos últimos quatro séculos provavelmente encontraríamos proporção semelhante'[7].

A diferença de significado entre a palavra 'lei', tal como aplicada a nomos, e 'lei', tal como utilizada para designar todas as outras *theseis* provenientes da legislação, torna-se óbvia se consideramos quão diferentemente a 'lei' se relaciona com sua aplicação nos dois casos. Uma norma de conduta não pode ser 'posta em prática' ou 'executada' da mesma forma que uma instrução. Pode-se obedecer à norma de conduta ou fazer com que seja obedecida; mas ela simplesmente limita o âmbito da ação permitida e geralmente não determina uma ação especifica; e o que ela prescreve nunca se completa, permanecendo uma obrigação permanente para todos. Sempre que falamos em 'executar uma lei', a palavra 'lei' não

---

> 'O legislativo, nominalmente escolhido para fazer leis, ocupa-se na verdade sobretudo de constituir e manter um executivo'; e ibid., página 119: Na verdade, uma imensa parcela da legislação não constitui absolutamente, na linguagem própria úa jurisprudência, legislação. Uma lei é uma determinação geral aplicável a muitos casos. As 'leis especiais' que abarrotam o livro de atos legislativos e fatigam as comissões parlamentares aplicam-se apenas a um único caso. Não formulam normas segundo as quais se farão ferrovias, mas determinam que esta ou aquela ferrovia será construída deste àquele lugar, não tratando de nenhum outro assunto.

7 Courtenay Jlbert, *op. cit*., página 6. Ver também ibid.t página 209 et seq.:

> Quando os autores dos livros de jurisprudência escrevem sobre leis; quando profissionais do direito falam sobre leis, presam sobretudo naquelas leis encontradas nos Institutos de Justiniano, nos Códigos Napoleônicos, ou no Novo Código Civil do Império Germânico, ou seja, as normas legais referentes a contratos e danos, a propriedade, a relações de família e herança, ou então ao direito relativo a crimes, tal como consignado num código penal. Também incluiriam o direito processual, ou direito 'adjetivo', para usar um termo de Bentham, segundo o qual as normas legais substantivas são administradas pelos tribunais. Estes ramos do direito compõe o que talvez se possa chamar *"lawyers' law"*.

designa um nomos mas uma thesis que prescreve ações específicas. Segue-se que a relação entre o 'legislador' cujas leis devem ser 'executadas' e aqueles que as devem executar é inteiramente diversa daquela existente entre um 'legislador' que prescreve normas de conduta justa e aqueles que as devem observar. O primeiro gênero de norma se aplicará apenas aos membros da organização a que chamamos governo, enquanto o segundo restringirá o âmbito das ações permitidas de qualquer membro da sociedade. O juiz que faz cumprir a lei e orienta sua aplicação não a 'executa' no sentido em que um administrador põe em execução uma medida, ou em que o 'poder executivo' é obrigado a cumprir a decisão do juiz.

Um ato (thesis) aprovado por um legislativo pode ter todos os atributos de um nomos, e provavelmente os terá se tiver sido deliberadamente moldado na forma do nomos. Mas não tem necessariamente ' esse caráter e, na maioria dos casos em que se requer legislação, não o pode ter. Neste capítulo examinaremos mais detalhadamente apenas os conteúdos dos atos legislativos ou *theseis* que não constituem normas de conduta justa. Não há de fato, como os positivistas jurídicos sempre frisaram, limite para o que um ato legislativo pode abranger. Mas, embora essa 'lei' deva ser cumprida por aqueles aos quais se aplica, ela nem por isso se torna lei no sentido de norma de conduta justa.

A legislação e a teoria da separação dos poderes

A confusão decorrente dessa ambiguidade da palavra 'lei' manifesta-se desde as primeiras discussões acerca do principio da separação dos poderes. Quando, nessas discussões, faz-se referência a 'legislação', o termo parece de inicio designar exclusivamente a formulação de normas universais de conduta justa. Mas essas normas de conduta justa obviamente não são 'executadas' pelo poder executivo, sendo antes aplicadas pelos tribunais a litígios específicos à medida que estes se lhes apresentam; o que o executivo deverá executar são as decisões do tribunal. Somente no que diz respeito à lei na segunda acepção — ou seja, atos legislativos que não estabelecem normas universais de conduta, mas formulam instruções para o governo — deverá o 'executivo' cumprir o que foi decidido pelo legislativo. Neste caso, portanto, não se trata da 'execução' de uma norma de conduta justa (o que não tem sentido), mas da execução de uma instrução emanada do 'legislativo'.

Historicamente, o termo 'legislativo' ('legislature') apresenta estreita relação com a teoria da separação dos poderes, e de fato só passou ao uso corrente mais ou menos na época em que esta recebeu sua primeira formulação. A ideia, ainda comum, de que essa teoria surgiu de um erro de interpretação, cometido por Montesquieu, quanto à constituição britânica de seu tempo, certamente não é correta. Embora seja verdade que a constituição vigente na Grã-Bretanha de então não se conformava a esse princípio, este sem dúvida dominava na época a opinião política na

Inglaterra[8], tendo conquistado crescente aceitação nos grandes debates do século anterior. O importante para o objetivo do presente estudo é que mesmo naquelas discussões do século XVII se compreendia claramente que conceber a legislação como uma atividade distinta pressupõe uma definição independente do que se entendia por lei, e que o termo legislação se esvaziaria se tudo o que o legislativo prescrevesse fosse chamado lei. A ideia que veio a ser expressa com clareza cada vez maior foi a de que 'não só a lei devia ser enunciada em termos gerais, como também o legislativo devia ficar restrito à elaboração da lei, sem se imiscuir ele próprio em casos específicos'[9]. No Primeiro Acordo do Povo (*First Agreement of the People*), de 1647, foi explicitamente estipulado 'que toda pessoa deve ficar igualmente sujeita a todas as leis feitas ou a serem feitas, e que nenhum cargo, propriedade, reputação, posto, condição de nascimento ou posição confere qualquer isenção do procedimento judicial comum a que os demais estão sujeitos'[10]. E numa 'defesa oficial' do Instrumento de Governo (*Instrument of Government*), de 1653, a separação dos poderes é definida

---

8 Ver M. J. C. Vile, Constitutionalism and the Separation of Powers (Oxford, 1967); e W. B. Gwyn, The Meaning of the Separation of Powers, Tulane Studies in Political Science, IX (Nova Orleans, 1965). Gwyn mostra que a ideia da separação dos poderes foi inspirada por três considerações inteiramente diversas, classificadas por ele em argumentos do estado de direito, da responsabilidade e da eficiência. O argumento do estado de direito exigiria que o legislativo só aprovasse normas de conduta justa aplicáveis igualmente a todas as pessoas e ao governo. O argumento da responsabilidade pretende que o pequeno número de homens que necessariamente dirige de fato o governo seja obrigado a prestar contas à assembléia representativa, enquanto o argumento da eficiência exige a delegação do poder de ação ao governo por não ser uma assembléia capaz de conduzir tarefas eficientemente. É óbvio que no segundo e no terceiro casos a assembléia também tomaria parte do governo, mas somente numa função de supervisão e controle.

9 M. J. C. Vile, op. cit, página 44.

10 The First Agreement of the People of 28 October 1647, em S. R. Gardiner, History of the Great Civil War, nova edição (Londres, 1898), vol. 3, página 392.

como 'o grande segredo da liberdade e do bom governo'[11]. Embora nenhum dos esforços empreendidos no século XVII para corporalizá-la num governo constitucional tenha logrado êxito, a concepção tornou-se cada vez mais aceita e a opinião de John Locke era claramente que 'a autoridade legislativa deve agir de uma maneira específica (...) [e] os que exercem essa autoridade devem formular apenas normas gerais. Devem governar mediante leis reconhecidas e promulgadas, que não devem ser alteradas em casos particulares'[12]. Esta passou a ser a opinião dominante na Grã-Bretanha no século XVIII, e dela Montesquieu deduziu sua descrição da constituição britânica. Essa convicção só foi abalada quando, no século XIX, as concepções dos Filósofos Radicais e particularmente de Bentham, que reivindicava um legislativo onicompetente[13], levaram James Mill a substituir o ideal de um governo sob a égide do direito pelo ideal de um governo controlado por uma assembleia popular, com liberdade de adotar qualquer medida aprovada por tal assembleia[14].

---

11 [Marchamont Needham?], A True Case of the Common Wealth (Londres, 1654) citado por M. J. C. Vile, *op. cit.*, página 10, onde o livro é qualificado como 'defesa oficial' do *Instrument of Government of 1653*.

12 M. J. C. Vile, *op. cit.* página 63: 'O próprio poder de legislar limita-se ao bom exercício da função que lhe é peculiar. John Locke considerava que a autoridade legislativa deve agir de uma maneira específica (...) os que exercem essa autoridade devem formular apenas normas gerais. Devem governar mediante Leis reconhecidas e promulgadas, que não devem ser alteradas em casos particulares'. Ver também ibid. páginas 214 e 217.

13 J. Bentham, Constitutional Code, em Works, IX, página 119:

> Por que tornar a legislação onicompetente? (...) Porque isso a tornará mais capaz de executar a vontade do legislativo supremo, e promover o interesse e a segurança dos membros do estado. (...) Porque a prática que isso exclui está, numa constituição como a atual, prenhe de mal sob todas as formas concebiveis. Qualquer limitação è uma contradição ao princípio da felicidade geral.

14 Sobre o papel de James MUI em relação a isso, ver M. J. C. Vile, op. cit.t página 217.

As funções governamentais das assembleias representativas

Assim, para que a palavra 'legislativo' não nos induza a erro, devemos lembrar que ela não passa de uma espécie de título de cortesia conferido a assembleias surgidas originalmente como instrumentos de governo representativo. Os legislativos modernos provêm claramente de corpos que existiam antes que a elaboração deliberada de normas de conduta justa tivesse sequer sido considerada possível, e só mais tarde essa tarefa foi atribuída a instituições habitualmente encarregadas de funções muito diversas. A palavra 'legislativo', de fato, não aparece antes de meados do século XVII, e é duvidoso que tenha sido aplicada então aos 'corpos constituídos' existentes (para usar a útil expressão de R. A. Palmer[15]), em decorrência de uma ideia vaga de separação dos poderes, ou numa vã tentativa de restringir os corpos que reivindicavam controle sobre o governo na elaboração de leis gerais. Seja como for, na realidade eles nunca sofreram essa restrição, e 'legislativo' se tornou simplesmente um nome a designar assembleias representativas empenhadas sobretudo em conduzir ou controlar o governo.

As poucas tentativas feitas para restringir aqueles 'legislativos' à elaboração de leis no sentido estrito estavam fadadas ao fracasso por visarem a limitar o poder dos únicos corpos representativos existentes à formulação de normas gerais, privando-os do controle sobre a maior parte

15 Robert A. Palmer, The Age of Democrotic Revolulion, vol. 1 (Princeton, 1959).

das atividades de governo. Uma boa ilustração dessa tentativa nos é fornecida pela seguinte declaração atribuída a Napoleão I[16]:

> Ninguém mais do que eu pode ter um grande respeito pelo poder legislativo; mas legislação não significa finanças, crítica à administração, ou noventa e nove por cento das questões de que se ocupa o Parlamento na Inglaterra. O legislativo deveria legislar, isto é, elaborar boas leis com base nos princípios científicos da jurisprudência, mas deve respeitar a independência do executivo, assim como deseja que sua própria independência seja respeitada.

Trata-se manifestamente de uma interpretação do papel dos legislativos, que corresponde à concepção da separação dos poderes de Montesquieu; e teria sido adequada aos propósitos de Napoleão porque restringia o papel da única representação popular existente à formulação de normas gerais de conduta justa, privando-a de qualquer poder sobre o governo. Pela mesma razão agradou a outros, como G. W. F. Hegel[17] e,

---

16 O trecho é citado por J. Seeley, Introduction to Political Science (Londres, 1896), página 216, mas não pude localizá-lo na correspondência publicada de Napoleão.

17 G. W. F. Hegel, Philosophie der Weltgeschichte [citado dos trechos em Gesellschaft, Staat, Geschichíe, editado por F. Bülow (Leipzig, 1931), página 321]:

> Die erste Verfassung in Frankreich enthielt die absoluten Rechtsprinzipien in sich. Sie war die Konstituierung des Kônigtums; an der Spitze des Staates sollte der Monarch stehen, dem mit seinem Ministern die Ausílbung zustehen sollte; der gesetzgebende Kõrper hingegen sollte die Gesetze machen. Aber diese Verfassung war sogieich ein innerer Widerspruch; denn die ganzc Macht der Administration war in die gesetzgebende Gewalt verlegt: das Budget, Krieg und Frieden, die Aushebung der bewaffneten Macht kam der gesetzgebenden KOrpcrschaft zu. Das Budget aber ist seinem Begriffe nach kein Gesetz, denn cs wiederholt sich alie Jahre, und efie

mais recentemente, W. Hasbach[18]. Mas ainda a mesma razão tornou-a inaceitável para todos os defensores do governo popular ou democrático. Ao mesmo tempo, contudo, o uso da palavra 'legislativo' aparentemente lhes agradou por outro motivo: permitiu-lhes reivindicar para um corpo predominantemente governamental aquele poder ilimitado ou 'soberano' que, segundo a opinião tradicional, pertencia apenas ao legislador no sentido estrito do termo. Em consequência, as assembleias governamentais, cujas principais atividades eram do gênero que devia ser limitado pelas leis, passaram a ter o poder de determinar o que bem entendesse, simplesmente chamando 'leis' as suas determinações.

Deve-se reconhecer, porém, que, se o objetivo era um governo popular ou representativo, os únicos corpos representativos existentes não poderiam ter-se submetido à limitação que o ideal da separação dos poderes impunha aos legislativos propriamente ditos. Essa limitação não significava necessariamente que o corpo representativo no exercício dos poderes governamentais devesse ficar desobrigado do cumprimento de leis além daquelas feitas por ele próprio. Talvez significasse que, ao desempenhar sua função puramente governamental, ele fosse restrito por leis gerais feitas por um outro corpo, igualmente representativo ou democrático, que fundamentasse sua autoridade suprema em seu comprometimento com normas universais de conduta. Nos escalões inferiores do governo, temos de fato vários tipos de órgãos representativos

---

Gewalt, die es zu machen hat, ist Regierungsgcwalt. (...) Die Regierung wurde also in die Kammern verlegt wie in England in das Parlament.

18 W. Hasbach, Die moderne Demokratie (lena, 1912), páginas 17 e 167.

regionais ou municipais que, em suas ações, estão assim sujeitos a normas gerais que não podem alterar; e não há motivo para que isso não se aplique também aos mais elevados corpos representativos que dirigem o governo. Na verdade, só assim o ideal do governo sob a égide do direito se poderia realizar.

Será útil interromper aqui brevemente nosso raciocínio principal para examinar certa ambiguidade do conceito de 'governo'. Embora compreenda uma ampla gama de atividades necessárias ou desejáveis em qualquer sociedade ordenada, o termo tem também certas conotações antagônicas ao ideal de liberdade sob a égide do direito. Como vimos, designa duas tarefas que devem ser distinguidas: por um lado, a de aplicar as normas universais de conduta justa e, por outro, a de dirigir a organização criada para prestar diversos serviços aos cidadãos em geral.

É em relação a esta segunda tarefa que o termo 'governo' (e mais ainda o verbo 'governar') encerra conotações enganosas. A inquestionável necessidade de um governo que aplique a lei e dirija uma organização que preste muitos outros serviços não significa, em tempos normais, que o cidadão precise ser governado no mesmo sentido em que o governo dirige os recursos humanos e materiais a ele confiados para a prestação de serviços. É comum hoje falar-se de um governo a 'dirigir um pais', como se a sociedade inteira fosse uma organização por ele administrada. No entanto, o que na verdade compete ao governo é principalmente propiciar certas condições para a boa administração daqueles serviços que os inúmeros indivíduos e organizações prestam uns aos outros. Essas atividades espontaneamente ordenadas dos membros da sociedade sem

dúvida poderiam prosseguir, e prosseguiriam, mesmo que todas as atividades próprias do governo cessassem temporariamente. É claro que, em nossos dias, o governo assumiu em muitos países a administração de tão grande número de serviços essenciais, especialmente nas áreas dos transportes e das comunicações, que a vida econômica seria imediatamente paralisada se todos os serviços sob administração governamental fossem interrompidos. Mas isso ocorre não porque esses serviços só possam ser prestados pelo governo, e sim porque este assumiu o direito exclusivo de prestá-los.

Direito privado e direito público

A distinção entre as normas universais de conduta justa e as normas de organização governamental está estreitamente relacionada com a distinção entre o direito privado e o direito público, à qual é por vezes equiparada[19].

---

19 Ver J. C. Carter, *op. cit.*, página 234: 'Determinações legislativas assim formuladas, ordenando que se façam coisas específicas, são parte do mecanismo governamental, mas uma parte muito diversa daquela referente às normas que regem a conduta comum dos homens em suas relações mútuas. É propriamente denominada direito público, em contraposição ao direito privado'. Ver também J. Walter Jones, Historical Introduction to the Theory of Law (Oxford, 1956), página 146:

> Existe, por exemplo, a concepção de que a essência do Estado é a posse da força suprema. O direito público, em decorrência de sua relação com o Estado, mostra-se tão acentuadamente marcado pela característica da força, que o traço da ordem ou regularidade, tão pronunciado nas normas de que o profissionial do direito em geral se ocupa, parece totalmente ofuscado. Em conseqüência, a diferença entre o direito público e o privado torna-se antes de gênero que de grau — uma diferença entre força e norma. O direito público deixa por completo de ser direito, ou pelo menos de ser direito no mesmo sentido em que o é o direito privado.
>
> No pólo oposto encontram-se aqueles profissionais basicamente dedicados a uma ciência do direito público independente. Eles são obrigados a admitir que é tarde demais para negar que as normas reunidas na forma do direito privado fazem jus ao nome de direito, mas, longe de considerarem a associação entre as normas que constituem o direito público e a força uma prova da inferioridade destas em relação ao direito privado, vêem nisso antes o sinal de uma superioridade inerente. (...) A diferença torna-se portanto uma diferença entre relações de subordinação e de coordenação.

O que dissemos até agora poderia pois ser assim resumido: o direito proveniente da legislação consiste predominantemente em direito público. Não há, entretanto, consenso sobre onde exatamente deve ser traçada a linha demarcatória entre o direito público e o direito privado. A tendência moderna tem sido apagar cada vez mais essa distinção, por um lado isentando os órgãos governamentais da obediência às normas gerais de conduta justa e, por outro, submetendo a conduta dos indivíduos e das entidades particulares a normas especiais voltadas para a consecução de propósitos específicos, ou mesmo a determinações ou autorizações

---

A mais clara distinção entre direito constitucional enquanto composto de normas organizacionais e direito privado enquanto composto de normas de conduta foi traçada por W. Burkhardt, Einführung in die Rechtswissenschaft, segunda edição (Zurique, 1948), especialmente página 137:

> Der erste [der doppelten Gegensätze auf die die Gegenüberstellung von Offentlichen und privaten Recht zielt] beruht auf einer grundlegenden Verschiedenheit der Rechtsnormen: die materiellen oder Verhaltensnormen schreiben den Rechtsgenossen vor, was sie tun oder lassen sollen: die formellen oder organisatorischen Normen bestimmen, wie, d. h. durch wen und in welchem Verfahren, diese Regeln des Verhaltens gesetzt, angewendet und (zwangsweise) durchgesetzt werden. Die ersten kann man Verhaltensnormen, die zweiten Verfahrensnormen oder (i.w.S.) Verfassungsnormen nennen. Man nennt die ersten auch materielle, die zweiten formelle Normen. (...) Die ersten geben den Inhalt des Rcchts, das rechtlich geforderte Verhahen, die zweiten entscheiden über seine Giiltigkeit.

Ao que tudo indica, a distinção estabelecida por Burkhardt foi aceita sobretudo por outros juristas suíços; ver em particular Hans Nawiaski, Allgemeine Rechtslehre ais System der rechtlichen Grundbegrife (Zurique, 1948), página 265, e C. Du Pasquier, Introduction à la théorie générale et la philosophie du droit, terceira edição (Neuchatel, 1948), página 49.

Ver, porém, H. L. A. Hart, The Concept of Law (Oxford, 1961), página 78: Sob normas de um lipo, que bem pode ser considerado o tipo básico ou funda-mental, exige-se dos serem humanos que façam ou se abstenham de certas ações, queiram ou não. As normas do outro tipo são em certo sentido parasitas das normas do primeiro tipo, ou a elas secundárias; pois estipulam que os seres humanos podem, ao fazer ou dizer certas coisas, introduzir novas normas do lipo fundamental, extinguir ou alterar normas antigas, ou de vários modos determinar sua incidência ou controlar sua execução. Ver também Lon L. Fuller, The Morality of Law (New Haven, 1964), página 63: 'Há hoje uma forte tendência a identificar o direito nâo a normas de conduta, mas a uma^ hierarquia de poder ou comando'; e ibid. página 169, onde o autor se refere a 'uma confusão entre o direito no sentido usual de norma de conduta relativa ao cidadão, e ação governamental em geral'.

específicas emanadas de órgãos administrativos. Nos últimos cem anos, foi sobretudo a serviço dos chamados objetivos 'sociais' que a distinção entre as normas de conduta justa e as normas de organização dos serviços governamentais foi progressivamente obliterada.

Tendo em vista nossos objetivos, passaremos a considerar a distinção entre o direito público e o direito privado equivalente à distinção entre as normas de conduta justa e as normas organizacionais (e, ao fazê-lo, em conformidade com a prática anglo-saxônica vigente, mas contrariamente à prática da Europa continental, incluiremos o direito penal no direito privado e não no público). Deve-se ressaltar, contudo, que as expressões bem conhecidas direito 'privado' e direito 'público' podem ser fonte de equívocos. Sua semelhança com as expressões bem-estar privado e bem-estar público pode sugerir, erroneamente, que o direito privado serve apenas ao bem-estar individual e só o direito público serve ao bem-estar geral. Mesmo a definição romana clássica, segundo a qual o direito privado visa ao benefício dos indivíduos e o direito público à saúde da nação romana[20], presta-se a tal interpretação. A ideia de que apenas o direito público visa ao bem estar público, no entanto, só é correta se 'público' for interpretado num sentido muito limitado, ou seja, como aquilo que diz respeito à organização governamental, e se o termo 'bem-estar público' não for, portanto, entendido como sinônimo de bem-estar geral, sendo antes aplicado somente àqueles objetivos específicos de que a organização governamental se ocupa diretamente.

---

20 Ulpiano, *Digests*, 1, 1,1,2, define o direito privado como *ius quod ad singulorum utiInalem speciat* e o direito público como *ius quod ad statum rei Romanae spectat*.

Considerar que só o direito público serve ao bem-estar geral e que o direito privado protege apenas os interesses egoístas dos indivíduos seria uma completa inversão da verdade é um erro acreditar que só as ações que visam deliberadamente a propósitos comuns servem a necessidades comuns. Ao contrário, o que a ordem espontânea da sociedade nos proporciona é mais importante para todos, e portanto para o bem-estar geral, do que a maioria dos serviços específicos que a organização governamental pode prestar, excetuando-se apenas a segurança conferida pela aplicação das normas de conduta justa. Pode se conceber uma sociedade muito próspera e pacífica em que o governo se limite a esta última função; e por muito tempo, especialmente na Idade Média, a expressão utilitas publica de fato não significava mais que a paz e a justiça asseguradas pela aplicação das normas de conduta justa . A verdade é simplesmente que o direito público, enquanto corpo de leis de organização governamental, requer que aqueles a quem se aplica sirvam deliberadamente ao interesse público, enquanto o direito privado permite aos indivíduos buscar seus respectivos objetivos individuais, visando simplesmente a restringir as ações individuais de tal modo que estas venham, por fim, a servir ao interesse geral.

As leis de organização governamental não são leis no sentido de normas que definam que tipo de conduta é geralmente correto; consistem antes em instruções referentes às tarefas que determinados funcionários ou órgãos governamentais são obrigados a executar. Seria mais apropriado denominá-las regras ou estatutos do governo. Seu objetivo é autorizar determinados órgãos a executar determinadas ações com vistas a fins

específicos, para o que lhes são destinados determinados meios. Mas numa sociedade livre esses meios não incluem o cidadão. Se essas regras de organização governamental são por muitos consideradas normas do mesmo gênero que as normas de conduta justa, isso se deve ao fato de emanarem da mesma autoridade que detém o poder de prescrever normas de conduta justa. São chamadas 'leis' em decorrência da tentativa de se reivindicar para elas a mesma dignidade e respeito conferidos às normas universais de conduta justa. Assim, os órgãos governamentais conseguiram impor ao cidadão obediência a determinações específicas destinadas à consecução de propósitos específicos.

A tarefa de organizar serviços específicos dá origem, necessariamente, a uma concepção da natureza das normas a serem estabelecidas inteiramente diversa daquela decorrente da tarefa de elaborar normas como fundamento de uma ordem espontânea. Não obstante, foi a atitude fomentada pela primeira que veio a dominar a concepção dos objetivos da legislação. Visto que a construção intencional de normas tem por principal objeto as normas organizacionais, a reflexão sobre os princípios gerais da legislação ficou também quase inteiramente a cargo dos publicistas, ou seja, dos especialistas em organização que, frequentemente, têm tão pouca simpatia pelo lawyer's law que hesitamos em considera-los profissionais do direito. São eles que, nos tempos modernos, têm dominado quase totalmente a filosofia do direito e que, fornecendo a estrutura conceituai de todo o pensamento jurídico e influindo sobre as decisões judiciais, afetaram também profundamente o direito privado. O fato de que a jurisprudência (em especial na Europa continental) vem sendo realizada

quase exclusivamente por publicistas — para quem o direito é antes de mais nada o direito público, e a ordem se reduz à organização — é uma das principais causas da preponderância não apenas do positivismo jurídico (que, no campo do direito privado, simplesmente não tem sentido), mas também das ideologias socialistas e totalitárias nele implícitas.

Direito constitucional

Entre as normas que comumente chamamos 'leis' mas que são normas de organização e não de conduta justa, estão em primeiro lugar todas aquelas relativas à distribuição e à limitação dos poderes governamentais compreendidas no direito constitucional. São comumente consideradas a 'mais elevada' espécie de lei, a que se confere uma dignidade especial ou a que se deve maior reverência do que a qualquer outra. Mas, embora isso possa ser atribuído a razões históricas, seria jamais apropriado considerar tais normas uma superestrutura erigida para garantir que o direito seja mantido, e não a origem de todos os outros direitos, como geralmente se pretende.

A razão por que se atribui à constituição uma dignidade especial e um caráter fundamental é que, exatamente por exigir uma concordância formal, fez-se necessário um esforço especial para lhe conferir a autoridade e o respeito de que o direito há muito desfrutava. Geralmente resultante de uma luta prolongada, sabia-se que tinha sido obtida a um alto custo num passado relativamente recente. Era vista como resultado de um acordo consciente que pusera termo a uma longa disputa e fora muitas vezes objeto de juramento solene, consistindo em princípios cuja infração reacenderia

conflitos regionais ou mesmo guerra civil. Frequentemente as constituições eram também documentos que, pela primeira vez, concediam direitos iguais de plena cidadania a uma classe numerosa e até então oprimida.

Nem por isso, entretanto, uma constituição deixa de ser essencialmente uma superestrutura erigida sobre um sistema jurídico preexistente, para organizar a aplicação do mesmo. Embora, uma vez estabelecida, possa parecer 'primeira'[21], no sentido lógico de que é dela que as demais normas passam a derivar a própria autoridade, ela ainda se destina a corroborar essas normas preexistentes. Cria um instrumento para garantir a lei e a ordem e fornece o mecanismo de prestação de outros serviços, mas não define a lei e a justiça. É também verdade, como já se disse muitas vezes, que 'o direito público passa, mas o direito privado permanece[22]. Mesmo quando, em decorrência de revolução ou conquista, toda a estrutura governamental se modifica, a maior parte das normas de conduta justa, o direito civil e o penal, permanecerá em vigor — até em casos em que o desejo de modificar algumas delas possa ter sido a principal causa da revolução. Isso ocorre porque só satisfazendo expectativas gerais pode um novo governo obter a fidelidade de seus súditos e, assim, tornar-se 'legitimo'.

---

21 Ver Ernest Barker, Principies of Social and Politicol Theory (Oxford, 1951), página 9:

'Parte dela é direito fundamental ou constitucional, e parte é direito secundário ou comum'.

22 Ver J. E. M. Portalis, *Discours prêliminaire du premier projet de code civil* (1801), em Conference du Code Civil (Paris, 1805), vol. 1, página xiv: 'L'expérience prouve que les hommes changent plus facilement de domination que de lois'; ver também H. Huber, Recht, Staat und Gesellschaft (Berna, 1954), página 5: 'Staatsrecht vergeht, Privatrecht besteht'. Infelizmente, porém, como Alexis de Tocqueville o assinalou há muito tempo, também è verdade que as constituições passam, mas o direito administrativo permanece.

Mesmo quando, ao determinar o poder dos diferentes órgãos governamentais, uma constituição limita o poder da assembleia legislativa propriamente dita — como creio que toda constituição deveria, e as primeiras constituições pretenderam fazer — e quando, para essa finalidade, ela define as propriedades formais que uma lei deve possuir para ser válida, tal definição das normas de conduta justa não seria em si uma norma de conduta justa. Ela forneceria o que H. L. A. Hart chamou de 'norma de identificação'[23], que permite aos tribunais verificar se determinadas normas possuem ou não essas propriedades; mas não seria ela mesma uma norma de conduta justa. Tampouco poderia essa definição baseada exclusivamente nas normas de identificação conferir validade ao direito preexistente. Forneceria uma orientação para o juiz, mas, como todas as tentativas de formular concepções subjacentes a um sistema de normas existente, poderia revelar-se inadequada, e o juiz talvez ainda tivesse de ir além do significado literal das palavras empregadas (ou restringi-lo).

Mais que em qualquer outra área do direito público, encontra-se no direito constitucional grande resistência à afirmação de que ele não possui os atributos das normas de conduta justa. A maioria dos estudiosos da matéria parece julgar simplesmente abusivo e indigno de consideração o argumento de que o direito constitucional não é direito no mesmo sentido em que assim chamamos o conjunto das normas de conduta justa. De fato, por essa razão, os mais prolongados e minuciosos esforços para chegar a

23 H. L. A. Hart, op.

uma distinção nítida entre os dois tipos de direito — aqueles empreendidos na Alemanha, no final do século passado, com relação ao que então se denominava direito no sentido 'material9 (ou 'substantivo') e direito no sentido puramente 'formal' — não puderam levar a qualquer resultado. Isso porque nenhum dos autores envolvidos foi capaz de aceitar o que lhes pareceu ser a conclusão inevitável, mas a seu ver absurda, isto é, que, com base em qualquer princípio judicioso de distinção, o direito constitucional teria de ser classificado junto com o direito no sentido puramente formal, e não com o direito no sentido material[24].

Legislação financeira

O campo em que a diferença entre normas de conduta justa e outros produtos da legislação se destaca com maior nitidez e em que, por conseguinte, cedo se reconheceu que as 'leis políticas' a ele referentes eram algo diverso das 'leis jurídicas' foi aquele em que, pela primeira vez, a 'legislação' foi atribuída a órgãos representativos — ou seja, as finanças. Há de fato nesse campo uma difícil e importante distinção a fazer entre a autorização de gastos e a determinação da maneira como o ônus será distribuído entre os diferentes indivíduos e grupos. Mas é bastante óbvio que, tomado como um todo, um orçamento governamental é um plano de ação destinado a uma organização, conferindo a determinados órgãos

---

24 Típica e de grande influência sobre a literatura alemã a esse respeito é a critica de A. Haenel, *Studien zum deutschen Staatsrecht, II. Das Cesetz im formellen und materiellen Sinn* (Leipzig, 1888), páginas 225-6, à definição proposta por E. Seligmann de um Rechtssatz em Der Begriff des Gesetzes im materiellen und formellen Sinn (Berlim, 1886), página 63, como uma norma que 'abstrakt ist und eine nicht vorauszusehende Anzahl von Fãllen ordnet', sob a alegação de que isto excluiria as normas fundamentais do direito constitucional. Realmente exclui, e os pais da Constituição dos Estados Unidos provavelmente teriam ficado horrorizados caso se tivesse sugerido que sua obra pretendia ser superior às normas de conduta justa tal como incorporadas no direito consuetudinário.

autoridade para realizar determinadas tarefas, e não uma enunciação de normas de conduta justa. Na verdade, a maior parte de um orçamento, no que se refere a gastos, não conterá norma alguma[25], mas consistirá em instruções relativas aos objetivos e à maneira como os meios à disposição do governo devem ser utilizados. Mesmo os estudiosos alemães do século passado, que tanto se empenharam em reivindicar para o direito público o caráter do que chamavam de 'direito no sentido material', foram obrigados a se deter nesse ponto e a admitir que o orçamento não podia de modo algum ser incluído nessa categoria. Ao aprovar um plano de operação governamental desse tipo, uma assembleia representativa claramente não age como um legislativo no sentido em que o termo é entendido, por exemplo, na concepção da separação de poderes, mas como o órgão governamental supremo, que emite instruções a serem postas em prática pelo executivo.

Isso não significa que em todas as ações regidas por instruções 'legislativas' o governo não deva também, como qualquer outra pessoa ou órgão, estar sujeito a normas gerais de conduta justa e, em particular, ser obrigado a respeitar os domínios privados por elas definidos. Na verdade, a ideia de que essas instruções dadas ao governo, por serem também chamadas leis, substituem ou modificam as normas gerais aplicáveis a todos é o principal perigo de que devemos nos resguardar por meio de uma clara distinção entre os dois tipos de 'lei' Isso se torna evidente quando passamos da coluna gastos para a coluna receita do orçamento. A determinação da

---

25 Ver em particular Johannes Heckel, 'Einrichtung und rechtliche Bedeutung des Reichshaushaltgesetzes Handbuch des deutschen Staatsrechtes (Tiibingen, 1932), vol. 2, página 390.

receita total a ser arrecadada por tributação num dado ano é ainda uma decisão especifica a ser norteada por circunstâncias particulares — embora determinar se o ônus com que uma maioria está disposta a arcar pode também ser imposto a uma minoria não disposta a fazê-lo, ou de que modo uma dada carga total será distribuída entre os diversos grupos e pessoas, suscite questões de justiça. Também nesse caso, portanto, as obrigações dos indivíduos deveriam ser regidas por normas gerais, aplicáveis independentemente do montante específico dos gastos que se decidiu fazer — de fato, por normas que deveriam ser inalteravelmente impostas àqueles a quem cabe decidir acerca dos gastos. Vivemos há tanto tempo num sistema em que primeiro se determinam os gastos a fazer e só depois se pensa em quem arcará com o ônus, que raramente percebemos o quanto isso conflita com o princípio básico de que toda coerção deve limitar-se à aplicação de normas de conduta justa.

O direito administrativo e o poder de polícia

A maior parte do que se denomina direito público consiste no entanto em direito administrativo, ou seja, em normas que regulam as atividades dos vários órgãos governamentais. Na medida em que determinam a maneira como tais órgãos devem usar os recursos humanos e materiais colocados à sua disposição, essas normas consistem obviamente em normas organizacionais semelhantes àquelas de que toda grande organização necessita. São de interesse especial apenas em decorrência da responsabilidade pública daqueles a quem se aplicam. A expressão 'direito administrativo', contudo, é usada também com dois outros significados.

É usada para designar as regras estabelecidas por órgãos administrativos e que se impõem não só aos seus funcionários mas também aos cidadãos que com esses órgãos se relacionam. Tais regras serão claramente necessárias para determinar a utilização dos vários serviços ou instalações fornecidos pelo governo aos cidadãos, mas muitas vezes transcendem essa função, suplementando as normas gerais que delimitam os domínios privados. Neste último caso, constituem legislação delegada. Pode haver boas razões para deixar a determinação de algumas dessas normas a cargo de corpos regionais ou municipais. Determinar se esse poder de fazer normas deveria ser delegado apenas a órgãos representativos ou poderia ser confiado também a órgãos burocráticos é uma questão que, embora importante, não nos diz respeito no momento. Neste contexto, só importa que, enquanto criadora de normas, a 'legislação administrativa' deveria estar sujeita às mesmas limitações impostas ao verdadeiro poder de legislar do corpo legislativo que formula as normas gerais.

A expressão 'direito administrativo' é também usada para designar 'poderes administrativos sobre pessoas e propriedade', não consistindo em normas universais de conduta justa, mas visando a determinados resultados previsíveis, e por isso envolvendo necessariamente discriminação e arbítrio. É nesta acepção que o direito administrativo conflita com o conceito de liberdade sob a égide do direito. Na tradição jurídica do mundo de língua inglesa, costumava-se supor que, em sua relação com os cidadãos, as autoridades administrativas estavam sujeitas às mesmas normas do direito geral consuetudinário ou emanado do legislativo e à mesma jurisdição dos tribunais comuns que qualquer cidadão. Foi apenas com respeito ao direito

administrativo nesta última acepção, ou seja, um direito à parte referente às relações entre órgãos governamentais e cidadãos, que A. V. Dicey ainda podia afirmar, no começo deste século, que tal coisa não existia na Grã-Breanha[26] — vinte anos depois de autores estrangeiros terem escrito longos tratados acerca do direito administrativo britânico na primeira acepção[27].

À medida que os serviços prestados pelo governo aos cidadãos se desenvolvem, impõe-se obviamente a necessidade de regulamentar o seu uso. A conduta nas ruas e estradas e em outros lugares públicos destinados ao uso comum não pode ser regulamentada mediante a designação de domínios individuais, requerendo antes normas definidas com base na consideração de seus resultados práticos. Embora essas normas reguladoras do uso das instituições destinadas a servir ao público estejam sujeitas às exigências da justiça (sobretudo no sentido de que devem aplicar-se igualmente a todos), elas não visam à justiça. O governo, ao estabelece-las, terá de ser justo, mas não as pessoas que deverão obedecer a elas. O 'código de trânsito' que estipula que se mantenha a esquerda ou a direita, etc., frequentemente citado como exemplo de norma geral, não constitui, portanto, realmente uma verdadeira norma de conduta justa[28]. Como outras normas reguladoras do uso de instituições públicas, ele deve aplicar-se igualmente a todos ou, pelo menos, ter em vista assegurar os mesmos benefícios a todos os usuários, mas não define conduta justa.

---

26 A. V. Dicey, Lectures on the Relation between Law and Public Opinion in England during the Nineteenth Century (Londres, 1903).

27 Rudolf Gneisl, Das englische Verwaltungsrecht der Gegenwart (Berlim, 1883).

28 Ver em particular Walter Lippmann, An lnquiry into lhe Principies of a Good Society (Boston, 1937).

Tais regulamentos referentes à utilização de locais ou instituições públicas são normas que visam a determinados resultados, embora não devam, quando destinadas a servir ao 'bem-estar geral', objetivar o benefício de grupos particulares. No entanto, como é óbvio no caso das regras de trânsito, elas poderão exigir que seja conferido a funcionários do governo um poder de controle específico. Quando a polícia é autorizada a adotar as medidas necessárias para manter a ordem pública, trata-se essencialmente de assegurar a conduta disciplinada em lugares públicos, onde o indivíduo não pode ter a mesma liberdade que lhe é garantida em seu domínio privado; medidas especiais podem fazer-se necessárias neste caso, para garantir, por exemplo, o livre fluxo do trânsito. Cabe ao governo, principalmente o municipal, manter as instalações em condições de funcionamento, de tal modo que o público possa utilizá-las da maneira que melhor atenda aos seus objetivos.

No entanto, observa-se hoje uma tendência a considerar 'lugares públicos' não apenas as instalações fornecidas pelo governo ao povo, mas quaisquer locais onde este se reúna, mesmo que sejam proporcionados pelo comércio, tais como lojas de departamentos, fábricas, teatros, praças de esporte, etc. Embora normas gerais que garantam a segurança e a saúde dos usuários desses locais sejam indubitavelmente necessárias, não é óbvio que esse objetivo torne necessário um 'poder de policia' discricionário. É significativo que, enquanto ainda se respeitava o ideal básico do estado de direito, 'a legislação fabril britânica', por exemplo, 'considerava possível

apoiar-se quase inteiramente em normas gerais (embora, em sua maioria, expressas na forma de regras administrativas)'[29].

As 'medidas' de política governamental

Nos casos em que o governo se encarrega do fornecimento de serviços específicos, em sua maioria os que nos últimos tempos passaram a ser denominados 'infraestrutura' do sistema econômico, o fato de tais serviços frequentemente terem em vista determinados efeitos gera problemas de difícil solução. Ações específicas desse gênero costumam ser denominadas 'medidas' de política governamental (especialmente na Europa continental, onde se empregam os termos correspondentes *mesures* ou *Massnahmem*). Convém examinar aqui alguns desses problemas. A questão central foi claramente expressa na afirmação de que não pode haver 'igualdade perante uma medida' do mesmo modo em que há igualdade perante a lei[30]. Com isso pretende-se dizer que a maior parte das medidas desse gênero será 'dirigida', no sentido de que, embora seus efeitos não possam ser limitados aos que estão dispostos a pagar pelos serviços por elas propiciados, ainda assim beneficiarão apenas um grupo, discernível com maior ou menor clareza, e não todos os cidadãos igualmente. Provavelmente a maioria dos serviços prestados pelo governo, exceto a aplicação das normas de conduta justa, é desse tipo. Deixar tais serviços basicamente a cargo do governo municipal ou de órgãos governamentais regionais criados para fins

---

29 Ver E. Frcund, Administralive Powers over Persons and Property (Chicago, 1928), página 98.

30 Carl Schmitt, 'Legalität und Legitimitat' (1932), reeditado em Verassungsrecluliche Aufsátze (Berlim, 1958), página 16.

específicos, tais como as comissões de água e esgoto, e outros semelhantes, resolve apenas em parte os problemas que se apresentam.

As pessoas em geral só concordarão em que os recursos de um fundo comum custeiem serviços que beneficiarão apenas parte daqueles que para ele contribuíram se entenderem que outras necessidades que venham a ter serão atendidas da mesma forma, de modo que disso resulte um relativo equilíbrio entre ônus e benefícios. Ao se discutir a organização desses serviços cujos beneficiários são mais ou menos discrimináveis, interesses particulares usualmente conflitarão, e só mediante concessões se poderá chegar a uma conciliação — o que é bastante diverso do que ocorre numa deliberação sobre normas gerais de conduta, que têm por objetivo uma ordem abstrata cujos benefícios são basicamente imprevisíveis. Por isso é tão importante que as autoridades responsáveis por tais questões, mesmo que sejam corpos democráticos ou representativos, estejam, ao determinar serviços específicos, sujeitas a normas gerais de conduta, não devendo ter o poder de 'reescrever as regras do jogo à medida que desenvolvem seu trabalho'[31].

Quando falamos de medidas administrativas, referimo-nos em geral à canalização de determinados recursos para a prestação de certos serviços a grupos especificáveis de pessoas. A implantação de uma rede de escolas ou de serviços de saúde, a assistência financeira ou de outra espécie a determinadas categorias profissionais, ou o uso dos instrumentos que o

---

31 Hans J. Morgenthau, The Purpose of American Poli tics (Nova Iorque, 1960), página 281: 'Em nossa época, além de continuar sendo o árbitro, o estado converteu-se também no mais poderoso jogador, que, para se assegurar do resultado, reescreve as regras do jogo à medida que este prossegue'.

governo detém em decorrência do monopólio da emissão de moeda são, nesse sentido, medidas de política governamental. É evidente que, em relação a tais medidas, a diferença entre fornecer instalações a serem usadas por pessoas desconhecidas com vistas a objetivos desconhecidos, e fornecê-las na expectativa de que ajudem a determinados grupos, tornasse uma questão de grau, havendo muitas posições intermediárias entre os dois extremos. Sem dúvida, caso se tornasse o fornecedor exclusivo de muitos serviços essenciais, o governo poderia, ao determinar o caráter destes e as condições em que são prestados, exercer grande influência sobre o conteúdo material da ordem do mercado. Por essa razão é importante que a dimensão desse 'setor público' seja limitada e que o governo não coordene seus vários serviços de modo que os efeitos destes em pessoas específicas se tornem previsíveis. Veremos ainda que, por esse motivo, é também importante que o governo não tenha direito exclusivo de prestar qualquer serviço além da aplicação de normas de conduta justa e, portanto, não tenha o poder de impedir que outras organizações ofereçam serviços do mesmo tipo quando se torna possível fornecer através do mercado o que no passado talvez não pudesse ser assim fornecido.

A transformação do direito privado em direito público pela legislação 'social'

Se, ao longo dos últimos cem anos, se abandonou o princípio de que numa sociedade livre a coerção só é permissível para assegurar a obediência a normas universais de conduta justa, isso ocorreu sobretudo para atender os chamados objetivos 'sociais'. Mas o termo 'social', tal como empregado aqui, compreende vários conceitos que devem ser cuidadosamente distinguidos.

Originalmente, 'social' significava sobretudo a eliminação dê discriminações lentamente introduzidas no direito em resultado da maior influência exercida por certos grupo, como arrendadores de terras, empregadores, credores, etc., na sua formação. Isso não significa, contudo, que a única alternativa seja inverter a situação, favorecendo a classe injustamente tratada no passado, e que não haja uma posição 'intermediária', na qual o direito trate ambas as partes do mesmo modo, segundo os mesmos princípios. A igualdade de tratamento, neste sentido, nada tem a ver com a questão de determinar se a aplicação dessas normas gerais a uma dada situação pode propiciar resultados mais favoráveis a um grupo que a outros: a justiça não leva cm conta os resultados das diversas transações, mas apenas o fato de serem as transações em si mesmas justas ou não. As normas de conduta justa não podem alterar o fato de que, com um comportamento perfeitamente justo de ambas as partes, a baixa produtividade do trabalho em alguns países produzirá uma situação em que os salários pelos quais todos podem obter emprego serão muito baixos — e, ao mesmo tempo, o retorno sobre o capital será muito alto — e em que salários mais altos só poderiam ser assegurados a alguns por meios que impediriam outros de encontrar qualquer emprego.

Veremos mais tarde que, neste contexto, justiça pode significar salários ou preços determinados num mercado livre, sem dolo, fraude ou violência; e que, neste sentido específico, em que podemos falar coerentemente de salários ou preços justos, uma transação inteiramente justa pode proporcionar, na verdade, pouquíssimo a uma parte e muito a outra. O liberalismo clássico fundava-se na convicção de que havia

princípios de conduta justa suscetíveis de ser descobertos e universalmente aplicáveis, os quais podiam ser reconhecidos como justos independentemente dos efeitos da sua aplicação a grupos específicos.

A 'legislação social' pode, em segundo lugar, referir-se à prestação, pelo governo, de certos serviços que são de especial importância para algumas minorias desafortunadas, os fracos ou os incapazes de proverem à própria subsistência. Uma comunidade próspera pode decidir assegurar tais serviços a uma minoria por intermédio de seu governo — seja por motivos morais, seja a título de seguro contra contingências que podem afetar a qualquer um.

Embora a prestação desses serviços aumente a necessidade de cobrar impostos, estes podem ser arrecadados segundo princípios uniformes; e o dever de contribuir para o custeio desses objetivos comuns aprovados por todos poderia ser considerado compatível com a concepção de normas gerais de conduta. Isso de modo algum faria do cidadão privado um objeto de administração; ele continuaria tendo liberdade de usar seu conhecimento com vistas a seus propósitos, não ficando obrigado a servir às finalidades de uma organização.

Há, no entanto, um terceiro tipo de legislação 'social'. Seu objetivo é orientar a atividade privada para fins específicos e em benefício de grupos específicos. Foi em decorrência desses esforços, inspirados pela miragem da 'justiça social', que se deu a transformação gradual das normas de conduta justa independentes de propósito (ou as normas do direito privado) em normas organizacionais dependentes de propósito (ou normas de direito público). Essa busca de 'justiça social' impôs aos governos a necessidade de

tratar o cidadão e sua propriedade como um objeto a ser administrado no intuito de assegurar determinados resultados a determinados grupos. A legislação não pôde alcançar objetivos tais como os de garantir salários mais elevados a determinados grupos de trabalhadores, rendas mais elevadas a pequenos agricultores, ou melhores condições de habitação aos pobres das cidades mediante o aperfeiçoamento das normas gerais de conduta.

Esses esforços pela 'socialização' do direito vêm sendo empreendidos na maioria dos países ocidentais há várias gerações, e já contribuíram muito para destruir o atributo característico das normas universais de conduta, a igualdade de todos perante as mesmas normas. A história desse tipo de legislação, que teve início na Alemanha no século passado sob o nome de Sozial-politik e difundiu-se primeiramente na Europa continental e na Inglaterra e, neste século, também nos Estados Unidos, não pode ser esboçada aqui. Alguns marcos desse processo, que levou à criação de normas especiais para determinadas classes, foram a Lei de Disputas Sindicais (*Trade Disputes Act*) inglesa, de 1906, que conferiu privilégios sem paralelo aos sindicatos de trabalhadores[32], e as decisões do Supremo Tribunal dos Estados Unidos, no período inicial do *New Deal*, que concederam aos legislativos poderes ilimitados para 'salvaguardar os

---

32 Ver Paul Vinogradoff, Custom and Righí (Oslo, 1925), página 10:

> A Lei de Disputas Sindicais de 1906 conferiu aos sindicatos uma imunidade a processos com base em atos lesivos praticados por seus agentes; essa imunidade é flagrantemente incompatível com a lei da representação e a lei relativa às companhias representadas por seus administradores segundo as Ordens Estatutárias (Statutory Orders) de 1883. A razão desta condição contraditória da lei pode ser encontrada na decisão da legislação de assegurar aos sindicatos uma posição favorável em sua luta contra os empregadores. Ver também os comentários de A. V. Dicey, J. A. Schumpeter e Lord MacDermott citados em F. A. Hayek, The Constitution of Liberty (Londres e Chicago, 1960), página 504, nota 3 [Os fundamentos da liberdade (São Paulo e Brasília, 1983)].

interesses vitais do povo'[33], dando a entender na verdade que um legislativo podia aprovar qualquer lei com vistas a qualquer fim que julgasse benéfico.

Foi na própria Alemanha, no entanto, que esse processo mais avançou e cm que teve consequências mais plenamente aceitas e explicitamente acatadas. Nesse país passara a ser opinião corrente que a busca dos objetivos sociais envolvia a progressiva substituição do direito privado pelo direito público. De fato, os mais destacados pensadores socialistas no campo do direito proclamavam abertamente a doutrina de que o direito privado, destinado à coordenação das atividades individuais, seria progressivamente substituído por um direito público subordinante, afirmando que 'para a consecução de uma ordem social de direito, o direito privado deveria ser considerado apenas um campo de iniciativa privada provisório e em constante retração, temporariamente tolerado na esfera todo abrangente do direito público'[34]. Essa evolução foi muito facilitada na Alemanha pela remanescência de uma tradição de poder governamental fundamentalmente ilimitado, baseada numa mística de Hoheit e Herrschaft, que encontrou sua expressão em concepções, então ainda

---

33 "Processo Home Building and Loan Ass. v. Blaisdell, 290 U. S. 398, 434, 444, 1934, segundo o qual o estado tem 'autoridade para salvaguardar os interesses vitais de seu povo' e, com essa finalidade, para impedir 'a deturpação da cláusula [do contrato] mediante seu uso como um instrumento para sufocar a capacidade dos Estados de proteger seus interesses fundamentais'.

34 Gustav Radbruch, 'Vom ihdividualistischen Recht zum soziaien Recht' (1930), reeditado em Der Mensch im Rerht (Gõttingen, 1957), página 40:

> Für eine individualistiche Rechts ordnung ist das Offentliche Recht, ist der Staat nur der schmale schützende Rahmen, der sich um das Privatrecht und das Privateigentum drht, für eine sozial Rechtsordnung ist umgckchrt das Privatrecht nur ein vorlufig ausgesparter und sich immer verkleinernder Spielraum für die Privatihitiative innerhalb des ali umfassenden Offentlichen Rechts.

basicamente ininteligíveis no mundo ocidental, tais como a de que o cidadão é um súdito da administração governamental e a de que o direito administrativo é 'o direito característico das relações entre o estado administrador e os súditos com que este depara em suas atividades'[35].

A parcialidade de um legislativo dedicado à direção do aparelho governamental

Tudo isso suscita questões que serão o principal objeto de nossa atenção no segundo volume desta obra. Por ora só podemos abordá-las brevemente, para indicar as razões por que a confusão entre a elaboração de normas de conduta justa e a direção do aparelho governamental tende a produzir a progressiva transformação da ordem espontânea da sociedade numa organização. É preciso apenas acrescentar algumas observações preliminares acerca da atitude mental que o envolvimento com questões de organização produzirá nos membros de uma assembleia que a elas se dedique, atitude completamente diferente da que predominaria numa assembleia que se ocupasse principalmente da legislação no sentido clássico do termo.

Cada vez mais, e inevitavelmente, uma assembleia dedicada a questões do primeiro tipo tende a se conceber como um corpo que não só presta alguns serviços a uma ordem de funcionamento independente, mas 'dirige o país' como se dirige uma fábrica ou qualquer outra organização. Visto que tem autoridade para ordenar todas as coisas, não pode recusar

35 Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, vol. 1, segunda edição (Munique e Leipzig, 1924), página 14: 'Verwaltungsrecht ist das dem Verhaltniss zwischen dem verwahenden Slaate und den ihm dabei begegnenden Untertanen cigentumlichc Recht*.

responsabilidade por coisa alguma. Não haverá nenhum descontentamento que essa assembleia não venha a ser considerada capaz de eliminar; e como em cada caso isolado ela geralmente será capaz de atender à reivindicação, supor-se-á que pode eliminar todos os motivos de descontentamento ao mesmo tempo. É verdade, no entanto, que a maior parte dos motivos de queixa de indivíduos ou grupos específicos só pode ser suprimida por medidas que geram novos descontentamentos em outros setores.

Um experiente parlamentar trabalhista britânico definiu o dever do político como o de eliminar todas as fontes de descontentamento[36]. Isso requer obviamente uma ordenação de todas as questões particulares de uma maneira tal que nenhum conjunto de normas gerais de conduta é capaz de determinar. Mas insatisfação não significa necessariamente insatisfação legítima, assim como a existência de insatisfação não prova que sua causa pode ser suprimida em todos os casos. Na verdade, é extremamente provável que ela se deva a circunstâncias que ninguém pode evitar ou alterar de acordo com princípios de aceitação geral. A ideia de que o objetivo do governo é satisfazer todos os desejos particulares de um número suficientemente grande de pessoas, sem qualquer limitação dos meios que o organismo representativo pode utilizar para esse fim, gera necessariamente uma situação social em que todas as ações particulares são dirigidas segundo um plano detalhado aprovado por um processo de barganha no seio de uma maioria e em seguida imposto a todos como o 'objetivo comum' a ser alcançado.

---

36 C. A. R. Crosland, The Future of Socialism (Londres, 1956), página 205.